

Anuario 2024 de Jurisprudencia Laboral

(Estudio de 100 casos relevantes)

Consejo de Redacción

ARETA MARTÍNEZ, María (Secretaria)
ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel (Subdirector)
CASAS BAAMONDE, María Emilia
CAVAS MARTÍNEZ, Faustino
GARCÍA ROMERO, Belén
LOUSADA AROCHENA, José Fernando
MARTÍNEZ MOYA, Juan
MOLINA GUTIÉRREZ, Susana María
MONEREO PÉREZ, José Luis
NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena
PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo
RIVAS VALLEJO, María Pilar
RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana
ROJO TORRECILLA, Eduardo
SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Director)
VILA TIerno, Francisco A.

ANUARIO 2024 DE JURISPRUDENCIA LABORAL

(ESTUDIO DE 100 CASOS RELEVANTES)

Autores

ARETA MARTÍNEZ, María
ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel
CASAS BAAMONDE, María Emilia
CAVAS MARTÍNEZ, Faustino
GARCÍA ROMERO, Belén
LOUSADA AROCHENA, José Fernando
MARTÍNEZ MOYA, Juan
MOLINA GUTIÉRREZ, Susana María

MONEREO PÉREZ, José Luis
NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena
PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo
RIVAS VALLEJO, María Pilar
RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana
ROJO TORRECILLA, Eduardo
SEMPERE NAVARRO, Antonio V.
VILA TIerno, Francisco A.

Primera edición: febrero de 2025

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

© AEBOE por la presente edición

© Los autores por sus respectivas monografías



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

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

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

ISBN: 978-84-340-3024-4

ISSN: 2660-8944

Depósito Legal: M-16295-2020

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

PRESENTACIÓN

A lo largo del año 2024, la *Revista de Jurisprudencia Laboral* (RJL) ha publicado, por entregas y en acceso abierto, los comentarios a 100 resoluciones judiciales dictadas por distintos órganos judiciales de varias jurisdicciones. Todos ellos se aglutinan ahora en este *Anuario de Jurisprudencia Laboral* (AJL) editado dentro de la Colección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

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

Resumir un año del laboralismo en cien resoluciones judiciales es tan convencional como hacerlo con cualquier otro número de ellas, por lo que en modo alguno se ha pretendido ni la exhaustividad, ni la especialidad.

La selección y contenidos son libre decisión de quienes integran el Consejo de Redacción, aunque es obvio que siempre se ha pretendido abordar cuestiones de importancia y actualidad. Asimismo, la similar estructura de todas las entradas del Anuario pretende que quien se acerca al mismo pueda moverse con familiaridad en cualquiera de los comentarios.

Es de justicia dejar constancia que este Anuario no hubiera sido posible sin el trabajo riguroso y generoso de los miembros del Consejo de Redacción de la RJL, sin el soporte técnico e infraestructura de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, y sin la atención y seguimiento de quienes lo consultan.

Desde aquí trasladamos nuestro sincero agradecimiento y el compromiso de mantener la Revista mientras nos siga siendo encomendada.

Madrid, 23 de diciembre de 2024

Antonio V. Sempere Navarro (Director)

Ángel Arias Domínguez (Subdirector)

María Areta Martínez (Secretaría)

ÍNDICE PRINCIPAL

	<u>Página</u>
§1. La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato. STJUE (Sala Primera) de 18 de enero de 2024 (Asunto C-631/22). <i>Pilar Rivas Vallejo</i>	17
§2. La base de cotización en el contrato de relevo. STS-CONT 1752/2023, de 21 de diciembre. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	27
§3. Derechos de huelga y libertad sindical. Esquirolaje interno y externo. Indemnización por daño moral asociado a la vulneración. STS-SOC 962/2023, de 8 de noviembre. <i>José Luis Monereo Pérez</i>	39
§4. Multas por temeridad, también a los sindicatos. Presupuestos y procedimiento para su imposición. STS-SOC 964/2023, de 8 de noviembre. <i>Juan Martínez Moya</i>	61
§5. Disfrute acumulado del permiso por lactancia, trabajo a tiempo parcial y no discriminación. STS-SOC 986/2023, de 21 de noviembre. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	71
§6. Determinación del momento para medir la representatividad a efectos de legitimación negocial. STS-SOC (Pleno) 1053/2023, de 30 de noviembre. <i>Francisco Vila Tierno</i>	77
§7. Las costas en el proceso social y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social. STS-SOC 1123/2023, de 12 de diciembre. <i>Carlos Hugo Preciado Domènech</i>	87
§8. No todo despido nulo de una persona trabajadora embarazada conlleva la lesión de un derecho fundamental y la concesión de una indemnización por daño moral. STS-SOC 1148/2023, de 12 de diciembre. <i>Ángel Arias Domínguez</i>	93
§9. La distribución irregular de la jornada está sujeta, en todo caso, al plazo de preaviso de cinco días. SAN-SOC 138/2023, de 20 de diciembre. <i>María Areta Martínez</i>	101
§10. El principio de proporcionalidad como exigencia de la videovigilancia en el marco empresarial. STSJ-SOC Castilla-La Mancha (Albace- te) 1517/2023, de 2 de noviembre. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	111
§11. Los indefinidos no fijos, ¿una historia interminable hacia su terminación? Su capítulo inédito de la llamada expresa del Tribunal de Justicia a la modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Constitución y Derecho de la Unión. STJUE (Sala Sexta) de 22 de febrero de 2024 (Asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22). <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	121
§12. ¿Cuándo hay que acreditar la discapacidad relevante a efectos de un concurso de empleo público que incluye plazas reservadas? STS-CONT 1370/2023, de 2 de noviembre. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	149

	Página
§13. Condición más beneficiosa. No existe por el solo hecho de haber estado abonando el plus de transporte a los trabajadores en situación de teletrabajo durante nueve meses y que lo venían percibiendo con anterioridad por su trabajo presencial. STS-SOC 43/2024, de 11 de enero. <i>Francisco Vila Tierno</i>	159
§14. Efectos en el recargo de prestaciones por accidente de trabajo de la reforma legal de la cuantía de la pensión de viudedad operada con posterioridad. STS-SOC (Pleno) 114/2024, de 25 de enero. <i>Belén García Romero</i>	167
§15. ¿Quién se salva de la imposición de costas por el criterio del vencimiento? STS-SOC (Pleno) 177/2024, de 29 de enero. <i>Susana María Molina Gutiérrez</i>	175
§16. La obligación empresarial de establecer criterios de uso de los dispositivos digitales exige la participación de los representantes de los trabajadores siendo nula su elaboración unilateral por el empresario. STS-SOC 225/2024, de 6 de febrero. <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	183
§17. Trabajo a distancia, negociación colectiva y eficacia reguladora de un acuerdo extraestatutario. SAN-SOC 8/2024, de 23 de enero. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	189
§18. Disfrute de permisos en días laborables. Aplicación de la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio. SAN-SOC 9/2024, de 25 de enero. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	197
§19. Los permisos familiares por fuerza mayor deben ser retribuidos. SAN-SOC 19/2024, de 7 de febrero. <i>Ángel Arias Domínguez</i>	205
§20. Enfermedades del trabajo en la era digital: ¿están las leyes ajustadas a las nuevas realidades? Los trastornos psiquiátricos de un moderador de contenidos de Internet. SJS núm. 28 Barcelona, 13/2024, de 12 de enero. <i>José Fernando Lousada Arochena</i>	213
§21. Principio de no discriminación. Diferencia de trato en caso de despido. Resolución inmotivada de contrato de duración determinada conforme a la ley. STJUE (Gran Sala) de 20 de febrero de 2024 (Asunto C-715/2020). <i>Carlos Hugo Preciado Domènech</i>	219
§22. Protección de los créditos impagados a los trabajadores en caso de insolvencia empresarial. Aplicación de la Directiva 2008/94/CE. STJUE (Sala Séptima) de 22 de febrero de 2024 (Asunto C-125/23). <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	227
§23. Las bajas voluntarias inducidas por la empresa computan en los despidos colectivos y activan la obligación empresarial de consultas con los representantes de los trabajadores. STJUE (Sala Séptima) de 22 de febrero de 2023 (Asunto C-589/22). <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	235
§24. Ampliación por el órgano judicial del plazo procesal para la consignación o aseguramiento de la condena y derecho de acceso al recurso de suplicación. Proporcionalidad y respeto del principio de confianza legítima en el control de los plazos procesales por los tribunales. Bondades e incertidumbres de una nueva doctrina constitucional. STC (Sala Segunda) 3/2024, de 15 de enero. <i>Juan Martínez Moya</i>	243

	Página
§25. Ingreso Mínimo Vital y Estado Social Autonómico: límites constitucionales de las competencias de las Comunidades Autónomas. STC (Pleno) 19/2024, de 31 de enero. <i>José Luis Monereo Pérez</i>	255
§26. Cómputo del tiempo de fijeza discontinua a efectos de servicios previos. STS-CONT 1644/2023, de 11 de diciembre. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	271
§27. Alterne más prostitución no es lo mismo que solo alterne. STS-SOC 258/2024, de 9 de febrero. <i>Fernando Lousada Arochena</i>	281
§28. Imprescriptibilidad del complemento de maternidad por aportación demográfica reconocido a los pensionistas varones por el Tribunal de Justicia. Retroacción de sus efectos a la fecha del hecho causante de la pensión contributiva complementada. ¿Y el artículo 14 de la Constitución? STS-SOC (Pleno) 322/2024, de 21 de febrero. <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	287
§29. Los requisitos de acceso a la pensión de jubilación anticipada por discapacidad en grado igual o superior al 45 %. STS-SOC 353/2024, de 23 de febrero. <i>María Areta Martínez</i>	303
§30. Control del absentismo y control de las bajas por incapacidad temporal: circunstancias deseablemente diferentes. SAN-SOC 18/2024, de 9 de febrero. <i>Ángel Arias Domínguez</i>	313
§31. Vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo y principio de interpretación jurídica conforme a la eficacia de la tutela antidiscriminatoria: salarios de tramitación y despido nulo por embarazo. STC (Sala Primera) 22/2024, de 12 de febrero. <i>José Luis Monereo Pérez</i>	321
§32. La mayor representatividad y el Mecanismo RED. STS-CONT 679/2024, de 22 de abril. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	333
§33. La realización de funciones de superior categoría en el sector público durante largos periodos de tiempo no conlleva el reconocimiento de la pertinente clasificación profesional. STS-SOC 352/2024, de 23 de febrero. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	345
§34. Los efectos procesales expansivos en la condena solidaria a las empresas. STS-SOC 369/2024, de 23 de febrero. <i>Juan Martínez Moya</i>	353
§35. El registro de jornada no es instrumento hábil para modificar condiciones laborales o desconocer derechos. STS-SOC 410/2024, de 5 de marzo. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	363
§36. Composición de la comisión de seguimiento de un acuerdo colectivo en un ERE. Inexistencia de vulneración del derecho de libertad sindical por exclusión del no firmante. STS-SOC 420/2024, de 5 de marzo. <i>Francisco Vila Tierno</i>	373
§37. Nuevas fricciones entre el Derecho internacional del trabajo y nuestro Derecho interno: ¿Debe ser pagada la retribución de las vacaciones antes de su disfrute? STS-SOC 440/2024, de 7 de marzo. <i>Fernando Lousada Arochena</i>	383

	Página
§38. Los vigilantes de seguridad y el uso de la corbata en verano: una sentencia procesal. STS-SOC 457/2024, de 12 de marzo. <i>Susana María Molina Gutiérrez</i>	391
§39. Permiso laboral retribuido para acompañamiento médico de familiar previsto en el plan de igualdad: condiciones para su reconocimiento. STS-SOC 496/2024, de 20 de marzo. <i>Belén García Romero</i>	401
§40. Despido de una persona trabajadora en incapacidad temporal, ¿nulidad o improcedencia? STSJ-SOC Madrid 243/2024, de 7 de marzo. <i>Ángel Arias Domínguez</i>	409
§41. Inidoneidad del planteamiento de la cuestión prejudicial cuando se invoca norma distinta a la aplicable al caso: aplicación de la regulación del permiso parental al permiso por (maternidad) nacimiento de hijos. STJUE (Sala Séptima) de 16 de mayo de 2024 (Asunto C-673/22). <i>Pilar Rivas Vallejo</i>	417
§42. ¿El personal estatutario interino ha de acceder al sistema de carrera profesional en las mismas condiciones que el personal estatutario fijo? Sobre la diferencia de trato entre personal estatutario sanitario fijo e interino al computar el tiempo de prestación de servicios. STS-CONT 663/2024, de 18 de abril. <i>María Areta Martínez</i>	427
§43. Jurisdicción competente respecto de estadios previos a la contratación de empleados públicos en el caso de cambio en la composición del Tribunal calificador. STS-CONT 815/2024, de 13 de mayo. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	443
§44. Indefensión por incorrecta dirección en la notificación imputable a un error del juzgado al confundir el código postal. STS-SOC 516/2024, de 2 de abril. <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	455
§45. Prestación irregular de trabajo. Sanción a la empresa por obstrucción a la labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. STS-SOC 531/2024, de 4 de abril. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	461
§46. Incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez con el trabajo, salvo que sea esporádico o marginal: nuevo revés jurisprudencial para los grandes inválidos. STS-SOC (Pleno) 544/2024, de 11 de abril. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	467
§47. Planes de igualdad. Elaboración unilateral por la empresa ante la ausencia de representación legal y la prolongada incomparecencia sindical. STS-SOC (Pleno) 545/2024, de 11 de abril. <i>Carlos Hugo Preciado Domènech</i>	477
§48. El recurso de revisión al hilo de la concurrencia de beneficiarios de la pensión de viudedad. STS-SOC 567/2024, de 24 de abril. <i>Susana María Molina Gutiérrez</i>	483
§49. Realizar una actividad de recreo durante la situación de IT por enfermedad común no es sancionable con el despido disciplinario si no perjudica su recuperación. STSJ-SOC Cantabria 291/2024, de 12 de abril. <i>Belén García Romero</i>	489

	Página
§50. Indemnización adicional por daños y perjuicios en despido sin causa y exigüidad de la indemnización legal tasada. Y sobre la aplicación directa del artículo 24 de la Carta Social Europea (revisada) y la orfandad del arbitrio judicial en la fijación de la indemnización adecuada por despido inválido. STSJ-SOC País Vasco 1040/2024, de 23 de abril. <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	495
§51. Interpretación civilista de finiquito laboral. STS-CIV 18/2024, de 9 de enero. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	515
§52. Madre trabajadora a tiempo parcial, pero el parto es a tiempo completo. STS-SOC 689/2024, de 9 de mayo. <i>José Fernando Lousada Arochena</i>	529
§53. Accidente de trabajo. Infarto en el vestuario. Una necesaria revisión del criterio actual. STS-SOC 724/2024, de 22 de mayo. <i>Carlos Hugo Preciado Domènech</i>	537
§54. La declaración extemporánea sobre la decisión de reingreso en la excedencia voluntaria no supone la pérdida del derecho a la reincorporación. STS-SOC 726/2024, de 22 de mayo. <i>Francisco Vila Tierno</i>	545
§55. Juicios telemáticos y garantías procesales en el traslado de la prueba documental propuesta en el acto de juicio. Las imprecisas e insuficientes respuestas legales a esta problemática. STS-SOC 756/2024, de 29 de mayo. <i>Juan Martínez Moya</i>	555
§56. «Del Mito a la «Realidad jurídica»: ¿La categoría laboral del trabajador «indefinido no fijo» se opone al Derecho de la Unión Europea en materia de empleo temporal y de no discriminación en el acceso al empleo público? ¿Es realmente disuasoria y ajustada a los principios de nuestro ordenamiento jurídico ante las reiteradas irregularidades en la contratación laboral cometidas por el empleador público?» ATSSOC (Pleno) de 30 de mayo de 2024 (RCUD núm. 5544/2023). <i>José Luis Monereo Pérez</i>	567
§57. Uniformidad de vestimenta en el trabajo. Diferencia de trato injustificada y perjuicio económico para los trabajadores temporales. SAN-SOC 55/2024, de 20 de mayo. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	587
§58. Declaración de incapacidad permanente y agotamiento de las posibilidades terapéuticas. STSJ-SOC Asturias 471/2024, de 2 de abril. <i>Ángel Arias Domínguez</i>	593
§59. Contrato de interinidad por vacante de más de tres años de duración: su calificación como «indefinido no fijo» (y no como «fijo»). STSJ-SOC Madrid 317/2024, de 10 de abril. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	601
§60. Grupos de mensajería instantánea entre compañeros de trabajo: intimidad, privacidad y secreto. STSJ-SOC Baleares 198/2024, de 23 de abril. <i>Pilar Rivas Vallejo</i>	611
§61. Funcionarias interinas y su conversión en funcionarias fijas sin adquirir la condición de funcionarias de carrera. La temporalidad abusiva en el empleo público y su transformación judicial en fijeza como sanción, con el límite de la interpretación <i>contra legem</i> del Derecho español. STJUE (Sala Sexta) de 13 de junio de 2024 (Asuntos acumulados C-331/22 y C-332/22). <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	621

	Página
§62. Exigencia de periodo de consultas con los representantes de los trabajadores en caso de extinciones de contrato causadas por la jubilación del empresario persona física. STJUE (Sala Segunda) de 11 de julio de 2024 (Asunto C-196/23). <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	651
§63. La fecha de la incapacidad permanente incide en la del cese de la obligación de cotizar al RETA. STS-CONT 1060/2024, de 13 de junio (Recurso de casación núm. 3832/2021). <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	657
§64. Despido disciplinario de trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijo tras registro de su bolso sin cumplir con las exigencias del artículo 18 del ET: es nulo y no improcedente en virtud del artículo 55.5.b) del ET. STS-SOC 874/2024, de 5 de junio. <i>Belén García Romero</i>	667
§65. Control empresarial del uso del crédito horario y ausencia de vulneración del derecho de libertad sindical. STS-SOC 903/2024, de 11 de junio. <i>Francisco Vila Tierno</i>	675
§66. Vulneración del derecho a la libertad sindical por la negativa de la empresa a facilitar al delegado sindical la información por este solicitada. STS-SOC 906/2024, de 11 de junio. <i>Carlos Hugo Preciado Domènech</i>	685
§67. Las disposiciones legales para prevenir el encadenamiento abusivo de contratos temporales no pueden ser dejadas sin efecto en la negociación colectiva... y menos por una decisión empresarial. STS-SOC 925/2024, de 17 de junio. <i>José Fernando Lousada Arochena</i>	691
§68. Alcance del principio de legalidad en la regulación del plazo de prescripción de las sanciones en el orden social. STS-SOC 927/2024, de 25 de junio. <i>Susana María Molina Gutiérrez</i>	697
§69. ¿Qué hacer cuando descanso semanal y festivo laboral se solapan? STS-SOC 997/2024, de 9 de julio. <i>María Areta Martínez</i>	705
§70. Nulidad del despido represalia, con indemnización por daño moral. STSJ-SOC Galicia 2396/2024, 20 de mayo. <i>Ángel Arias Domínguez</i>	715
§71. La posible brecha salarial en la aviación a los ojos del TJUE: el diferente valor del trabajo de pilotos y azafatas. STJUE (Sala Cuarta) de 4 de octubre de 2024 (Asunto C-314/23). <i>Susana María Molina Gutiérrez</i>	723
§72. Protección constitucional de la discriminación por identidad de género: prueba indiciaria y carga probatoria. STC (Sala Segunda) 81/2024, de 3 de junio. <i>Pilar Rivas Vallejo</i>	733
§73. Entrada y registro judicialmente autorizada en el domicilio de una empresa: los interrogatorios sorpresivos a trabajadores y directivos realizados por la Administración tributaria vulneran el derecho de defensa, pero no el de inviolabilidad del domicilio. STS-CONT 1173/2024, de 2 de julio. <i>Juan Martínez Moya</i>	743
§74. Infracotización derivada de pactos individuales en masa sobre descuelgue. STS-CONT 1235/2024, de 9 de julio. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	755

	Página
§75. Nulidad de la modificación introducida en una bolsa de trabajo por contradecir la cláusula 5.ª de la Directiva 99/70. STS-SOC 925/2024, de 17 de junio. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	767
§76. Los acuerdos individuales sobre trabajo a distancia y sus límites intrínsecos en el Derecho interno y comunitario. STS-SOC 959/2024, de 26 de junio. <i>José Luis Monereo Pérez</i>	779
§77. Subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Obligación de estar inscrito como demandante de empleo desde el agotamiento de la prestación de desempleo. STS-SOC 991/2024, de 9 de julio. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	795
§78. Inexistencia de subrogación convencional en caso de asunción de la actividad de limpieza por un trabajador autónomo sin empleados. STS-SOC 1013/2024, de 10 de julio. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	803
§79. El permiso retribuido por hospitalización de familiar o conviviente es de 5 días, ex artículo 37.3.b) del ET. Pero ¿qué pasa cuando el ingreso hospitalario dura menos de 5 días? SAN-SOC 157/2024, de 24 de julio. <i>María Areta Martínez</i>	811
§80. Trabajo autónomo no ficticio en plataformas digitales de reparto. Presunción legal de laboralidad y prueba de la autonomía de la actividad de reparto a través de plataformas digitales (caso GLOVO). Sentencia núm. 90/2024, de 26 de julio, del Juzgado núm. 10 Central de lo Contencioso-Administrativo. <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	821
§81. Whistleblowing: un repaso a las condiciones de protección del denunciante de irregularidades a la luz de la STEDH de 8 de octubre de 2024 (<i>Aghajanyan v. Armenia</i>). STEDH de 8 de octubre de 2024 (<i>Aghajanyan v. Armenia</i>). <i>José Fernando Lousada Arochena</i>	839
§82. La diferencia de trato entre jueces federales y los jueces de estados federados en cuanto a la posibilidad de aplazamiento de la edad de jubilación se basa en la pertenencia a una categoría profesional y, por tanto, no constituye una discriminación directa por razón de edad prohibida por la Directiva 2000/78/CE. STJUE (Sala Segunda) de 17 de octubre de 2024 (Asunto C-349/23). <i>Belén García Romero</i>	849
§83. Los pluses por trabajo nocturno o festivo ante las vacaciones funcionariales. STS-CONT 1499/2024, de 25 de septiembre. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	859
§84. Proceso de conflicto colectivo y acceso a la información del registro de jornada por los representantes legales de los trabajadores. Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y las exigencias procesales del recurso de casación. STS-SOC 1142/2024, de 17 de septiembre. <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	869
§85. Falso cooperativismo y existencia de relación laboral (caso Servicarne). STS-SOC 1154/2024, de 24 de septiembre. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	883
§86. Registro de jornada y alcance del derecho de información de los representantes de los trabajadores en relación con los datos personales de identificación de las personas trabajadoras. STS-SOC 1161/2024, de 24 de septiembre. <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	893

	Página
§87. Requisitos de la comunicación escrita de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas de carácter económico. STS-SOC 1171/2024, de 25 septiembre. <i>Carlos Hugo Preciado Domènech</i>	901
§88. Promotores de empleo de los Servicios Públicos en el marco de subvenciones del ámbito laboral con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y la calificación de su despido. STS-SOC 1183/2024, de 26 de septiembre. <i>Susana María Molina Gutiérrez</i>	907
§89. ¿Quién fija y cómo se fija el <i>dies a quo</i> del permiso retribuido del artículo 37.3.b) del ET? SAN-SOC 102/2024, de 12 de setiembre. <i>María Areta Martínez</i>	915
§90. ¿La aplicación del principio de proporcionalidad en el cómputo de los servicios a tiempo parcial frente a los prestados a tiempo completo dentro de un proceso de estabilización viene avalada por los parámetros de mérito y capacidad? STSJ-CONT Galicia 626/2024, de 20 de septiembre. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	927
§91. Audiencia previa e indemnización por despido: noticia de dos sentencias. STS-SOC 1250/2024 de 18 noviembre, y STS-SOC 1350/2024 de 19 diciembre. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	937
§92. Prestación de servicios y cesión de trabajadores: concepto de empresa de trabajo temporal en el Derecho de la Unión. STJUE (Sala Séptima) de 24 de octubre de 2024 (Asunto C-441/23). <i>Pilar Rivas Vallejo</i>	947
§93. Castigo laboral <i>versus</i> crimen empresarial. Control empresarial de dispositivos electrónicos para uso laboral y su repercusión en los delitos contra la intimidad. STS-PEN 889/2024, de 23 de octubre. <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	955
§94. Extinción de contrato indefinido no fijo por cobertura de vacante: derecho a la percepción de la indemnización con independencia de la celebración de un nuevo contrato temporal. STS-SOC 1178/2024, de 25 de septiembre. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	963
§95. Reintegro de prestaciones indebidas por desempleo y doctrina TEDH Čakarević v. Croatia: ¿colmando o integrando lagunas normativas? STS-SOC 1186/2024, de 15 de octubre. <i>Juan Martínez Moya</i>	973
§96. La apropiación indebida de cupones descuento destinados a los clientes es causa de despido disciplinario, sin importar el valor económico de lo apropiado. STS-SOC 1195/2024, de 15 de octubre. <i>Faus-tino Cavas Martínez</i>	983
§97. Derecho de huelga y límites de los poderes de reacción empresariales: esquirolaje interno. STS-SOC 1199/2024, de 16 de octubre. <i>José Luis Monereo Pérez</i>	991
§98. Pensión de viudedad e interpretación flexible de la condición de víctima de violencia de género. STS-SOC 1206/2024, de 17 de octubre. <i>Francisco Vila Tierno</i>	1009
§99. Acerca de la legalidad del descuento aplicado en retribución variable por ausencia al trabajo motivada por IT, disfrute de determinados permisos relacionados con la conciliación o suspensión de empleo suel-	

	Página
do por sanción disciplinaria. SAN-SOC 132/2024, de 28 de octubre. <i>Belén García Romero.</i>	1017
§100. Consideración laboral del accidente de tráfico con presencia de dro- gas estupefacientes. STSJ-SOC Extremadura 534/2024, de 10 de septiembre. <i>Ángel Arias Domínguez.</i>	1027
Índice de órganos judiciales.	1037
Índice de autores.	1047
Índice de conceptos.	1049

§ 1 La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato.

Pilar Rivas Vallejo

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

Resumen: *El derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, a quienes se asimilan quienes cuentan con el reconocimiento de un grado de incapacidad permanente total o absoluta, es incompatible con la extinción automática del contrato de trabajo por declaración de dicho grado, si no se agotan antes las posibilidades de ajustes razonables por la empleadora.*

Palabras clave: *Ajustes razonables. Discriminación. Discapacidad. Incapacidad permanente. Despido por discapacidad.*

Abstract: *The right to equal opportunities of people with disabilities, considering that is the case of those with the recognition of a degree of total or absolute incapacity for work, is not compatible with the automatic termination of the employment contract due to this declaration, and requires effective application of reasonable accommodation by the employer.*

Keywords: *Reasonable accommodation. Discrimination. Disability. Incapacity for work. Dismissal by reason of disability.*

I. Introducción

Una resolución del TJUE dictada el 18 de enero de 2024 que reproduce la doctrina de la anterior STJUE de 10/2/2022, asunto HR Rail, C-485/20, en la interpretación de una posible falta de acomodo de la legislación española al derecho de la Unión en materia de ajustes razonables tras la declaración de una incapacidad permanente ha desatado un buen aluvión de comentarios alineados con una suerte de alarma sobre las consecuencias de esta resolución en el ámbito laboral español. Pero lo cierto es que la sentencia solo clarifica una conclusión que se derivaba ya del propio juego de los arts. 25 LPRL y 40.2 de la Ley de derechos de las personas con discapacidad y su integración social, en concordancia con el art. 5 de la Directiva 2000/78, por lo que la sentencia J. M. A. R. constituye una llamada a la modificación del art. 49.1 e) ET, en cuanto este sigue manteniendo en su literalidad la facultad empresarial de resolver el contrato tras la declaración de la incapacidad permanente de un empleado.

La sentencia comentada resuelve que, sin inviabilidad de ajuste razonable (esto es, sin intentar aplicar antes dicha medida), la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente constituye discriminación, lo que deriva en que el precepto del Estatuto de los Trabajadores que habilita tal extinción no puede aplicarse en sentido literal, sin contextualizarlo con el resto de las normas aplicables, en línea tanto

con la Convención de los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas como con la Directiva 2000/78 y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, y, por ende, en el ámbito del litigio interno en cuestión, en un despido nulo por incurrir en discriminación por razón de discapacidad.

La sentencia resuelve la petición de decisión prejudicial formulada por el Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares en cuanto a la interpretación de los arts. 2, apdo. 2, 4, apdo. 1, y 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, a la luz de los arts. 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los arts. 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y aprobada en nombre de la UE por Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, respecto a la extinción de un contrato de trabajo a instancia de la empleadora con motivo de la declaración del trabajador en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala primera

Número de resolución judicial y fecha: 18 de enero de 2024, Asunto C-631/22

Tipo y número recurso o procedimiento: Procedimiento prejudicial

ECLI: ECLI:EU:C:2024:53

Fuente: Curia.europa.eu

Ponente: Thomas von Danwitz

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El actor prestaba servicios como conductor de camión de retirada de residuos, pero, como consecuencia de un accidente de trabajo que le causó una fractura abierta en el pie derecho, comenzó una situación de incapacidad temporal que conectó con un expediente de evaluación de tal lesión a efectos de su calificación como incapacidad permanente que fue calificada como lesión permanente no invalidante, que motivó su reubicación en otro puesto de trabajo con periodo de conducción reducido drásticamente. Impugnada en vía judicial la resolución administrativa, esta derivó en el reconocimiento de una incapacidad permanente total para su profesión habitual, a la que siguió con carácter inmediato al conocimiento por la empresa de tal sentencia, la notificación de la decisión extintiva del contrato, por aplicación del art. 49.1 e) ET. La extinción fue declarada conforme a derecho por sentencia del juzgado de lo social número 1 de Ibiza (de 24/5/2021), por considerar que la empresa no se encuentra obligada a la recolocación del trabajador dentro de la empresa.

Recurrida dicha sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, este identifica la incapacidad permanente del actor con una discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78 en relación con el art. 4.2 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su integración social (LGDPDIS, en adelante), en tanto dicho precepto equipara ambas situaciones cuando se trata del grado de total. No obstante, sostiene que el art. 49.1 e) ET no exige un deber previo a la extinción del contrato de trabajo de realizar ajustes razonables, aunque en este caso se había aplicado, lo cual resulta contrario al derecho de la Unión, sin trasposición correcta al ordenamiento español, como muestra la STJUE de 10/2/2022, asunto HR Rail, C-485/20, pese a que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no avala tal deber, salvo que se disponga expresamente en el convenio colectivo aplicable o, en su caso, en el contrato de trabajo. Por ello, plantea si la legislación nacional es compatible con el art. 5 de la Directiva 2000/78 a la luz de la STJUE de 10/2/2022, HR Rail. En otras palabras, si contraviene dicha directiva el art. 49.1 e) ET por disponer la extinción

automática del contrato sin deber previo de adaptación del puesto de trabajo o de adoptar ajustes razonables y, en consecuencia, dicha disposición constituye una discriminación directa.

IV. Posición de las partes y planteamiento judicial

La empresa demandada se atiene a la literalidad del art. 49.1 e) ET, y de la sentencia del juzgado de lo social de 2/3/2020, que afirmaba que, «con independencia de que el trabajador haya sido reubicado por la empresa y pueda prestar servicios actualmente porque solo debe conducir durante cuarenta minutos cada día aproximadamente, lo cierto es que la situación residual en que ha quedado su tobillo y pie derecho le impediría realizar esa conducción de forma continuada para el caso de que tuviera que dedicarse a ello de forma plena, como implica su profesión habitual que lo es de conductor de camión».

La sentencia de la que trae causa el procedimiento actual, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Ibiza, de 24/5/2021, confirma la procedencia de la extinción, por no existir obligación legal empresarial de destinarlo a otro puesto de trabajo dentro de la misma empresa. El Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares sostiene que la propia empleadora había demostrado la viabilidad de los ajustes razonables, al haber reubicado al trabajador en otro puesto dentro de la empresa, que la jurisprudencia avala dicha extinción y que la normativa en la que se ampara contradice el derecho de la Unión (art. 5 de la Directiva 2000/78 a la luz de la STJUE HR Rail).

V. Normativa aplicable al caso

Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2008 (arts. 1 y 2).

Arts. 2.2, 4.1, y 5 de la Directiva 2000/78, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Arts. 48.2 y 49.1 e) Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET).

Arts. 193 y 194.2 Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS).

Arts. 2, 4 y 40.2 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada por RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (LGDPDIS).

Art. 25 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).

Art. 7 Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades del sistema de la seguridad social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas, fiscales, administrativas y de orden social.

VI. Doctrina básica

Considerando que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, sobre la que versa la cuestión prejudicial planteada, es el de la discapacidad, deviene nuclear delimitar las interrelaciones entre incapacidad permanente, de naturaleza esencialmente profesional y vinculada a la compensación económica de la pérdida para el desempeño del trabajo habitual por el sistema de la seguridad social, y discapacidad, predicada de la autonomía para la vida en sociedad, pero también para el trabajo en general.

La sentencia comentada comienza recordando que el concepto de discapacidad, en el sentido de la directiva sobre la que se formula la cuestión prejudicial, se identifica con limitaciones para la capacidad que pueden impedir la participación plena y efectiva

de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, cuando interactúa con diversas barreras, concepto asimismo sentado en la precedente STJUE de 10/2/2022, HR Rail, C-485/20. Por lo que, a los efectos debatidos, la discapacidad tiene un sentido universal que no se vincula, en positivo o en negativo, con la pérdida de una capacidad funcional poseída durante la vida laboral. De suerte que, aunque la legislación española (LGDPDIS) efectúa dicha equiparación en su art. 4.2, asignando un porcentaje de discapacidad del 33% a quienes tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez, y haciéndoles así titulares de cuantos derechos predica tal ley de las personas con discapacidad, tal efecto quedaría comprendida igualmente en nuestro ordenamiento como consecuencia del derecho de la Unión.

Calificado un trabajador a quien se le haya reconocido una situación de incapacidad permanente, administrativa o judicialmente, como una persona con discapacidad, no cabe duda de que le resultan de aplicación las previsiones de la Directiva 2000/78 dirigidas a remover los obstáculos que dificultan o impiden su plena integración laboral y a garantizar su derecho a la igualdad de oportunidades, a través de medidas de tutela frente a la discriminación y de medios instrumentales para hacer efectiva la igualdad como la dispuesta en su art. 5, referido a las medidas de «ajuste razonable», que constituyen un deber activo de las empresas en la consecución de tal derecho, nacido del art. 26 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión (en relación con el art. 21, que predica el derecho a la no discriminación por razón de discapacidad) y, a su vez, interpretable de acuerdo con el art. 2.3 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (STJUE de 21/10/2021, asunto Komisia za zashtita ot diskriminatsia, C-824/19).

Como consecuencia de ello, un trabajador a quien, en el curso de una relación de trabajo, le sea declarada una incapacidad permanente para el trabajo tiene derecho a que se introduzcan las adaptaciones de sus condiciones de trabajo necesarias para hacerlo compatible con las limitaciones funcionales que le afectan, en aplicación del art. 5 de la citada directiva (que impone a la empresa el deber de adoptar las medidas adecuadas que permitan a dicho trabajador acceder al empleo, participar en el mismo o progresar profesionalmente, «sin que suponga una carga excesiva para el empresario»). Por lo que la negativa infundada a su introducción constituye una acción discriminatoria (art. 2.3 de la Convención), en tanto un cambio de puesto puede ser una medida adecuada para garantizar tal derecho, siempre que esta no constituya una carga excesiva para él en atención a criterios financieros y recursos de la empresa, incluida la disponibilidad de otro puesto de trabajo «ocupable» y la propia competencia y capacidad del trabajador. Dicha conclusión ya había sido sentada en la STJUE de 10/2/2022, asunto HR Rail, C-485/20.

Del mismo modo, deducir consecuencias negativas como la extinción del contrato de trabajo de la condición de persona con discapacidad resulta contrario al art. 3.1 a) de la directiva, en tanto este prohíbe el despido por tal causa, entendiéndose como «despido» cualquier extinción del contrato de trabajo unilateral adoptada por la empleadora (STJUE de 12/1/2023, asunto TP, C-356/21, y STJUE de 11/11/2015, asunto Pujante Rivera, C-422/14), incluida la que, sin voluntad del interesado, se adopta igualmente por la empresa al amparo de una habilitación legal como la del art. 49.1 e) ET, por aplicación del art. 3.1 c) de la directiva. Y, si las consecuencias negativas en el plano laboral de la situación de incapacidad permanente -equivalente a discapacidad- no son fruto de una mera decisión particular, sino de una norma jurídica -el art. 49.1 e) ET-, puede concluirse que tal norma contraviene el derecho de la Unión, al ser fuente de obstáculos a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

En el caso analizado por la sentencia comentada, considerando que la limitación de la capacidad del demandante puede impedir la participación plena y efectiva de este en la vida profesional, de modo que su situación está comprendida en el concepto de «discapacidad», en el sentido de la Directiva 2000/78 y de la jurisprudencia europea.

VII. Parte dispositiva

El artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, debe interpretarse en el sentido de que *se opone a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral*, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables.

VIII. Pasajes decisivos

«El artículo 5 de la Directiva 2000/78 no puede obligar al empresario a adoptar medidas que supongan una carga excesiva para él. A este respecto, del considerando 21 de esta Directiva se desprende que, para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deben tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda. Además, debe precisarse que, en cualquier caso, solo existe la posibilidad de destinar a una persona con discapacidad a otro puesto de trabajo si hay por lo menos un puesto vacante que el trabajador en cuestión pueda ocupar (sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85, apartados 45 y 48)» (párrafo 45).

«El concepto de «ajustes razonables» implica que un trabajador que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para las funciones esenciales del puesto que ocupa sea reubicado en otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para su empresario (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85, apartado 49)» (párrafo 46).

«Tal normativa nacional, en virtud de la cual un trabajador con discapacidad está obligado a soportar el riesgo de perder su empleo para poder disfrutar de una prestación de seguridad social, menoscaba el efecto útil del artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz del artículo 27, apartado 1, de la Convención de la ONU, según el cual se debe salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, y el mantenimiento en el empleo. Al asimilar una “incapacidad permanente total”, que solo afecta a las funciones habituales, al fallecimiento de un trabajador o a una “incapacidad permanente absoluta” que (...) designa una incapacidad para todo trabajo, dicha normativa nacional es contraria al objetivo de integración profesional de las personas con discapacidad a que se refiere el artículo 26 de la Carta» (párrafo 50).

«Así pues, una normativa nacional en materia de seguridad social no puede ir en contra, en particular, del artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta, convirtiendo la discapacidad del trabajador en una causa de despido, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables para permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 45 de la presente sentencia» (párrafo 52).

IX. Comentario

1. La resolución administrativa no tiene efectos automáticos

En el sistema español de la seguridad social, la declaración de la situación de incapacidad permanente se lleva a cabo mediante una resolución administrativa con efectos en el plano laboral, pues habilita, al amparo del art. 49.1 e) ET, la rescisión del contrato de trabajo si no se incluye en ella la probabilidad de revisión del grado reconocido en un plazo no superior a dos años a tenor de lo dispuesto en el art. 48.2 ET, que lo dota de efectos suspensivos del contrato durante tal periodo de tiempo. Si bien, como sostiene la STS núm. 3077/2020, de 16 de septiembre (rcud. núm. 1000/2017), no es la mera declaración de la situación de incapacidad permanente la causa recogida por el art. 49.1 e) ET para facultar a la empleadora a adoptar una decisión extintiva al amparo únicamente de la resolución administrativa, sino solo cuando concurre identidad entre las circunstancias que motivan tal declaración (tras la valoración del binomio profesigramas-limitaciones funcionales), y tras la preceptiva aplicación del art. 25 LPRL, de suerte que el art. 49.1 e) ET no puede aplicarse de forma automática, no sin antes efectuar aplicación del art. 40.2 LGDPDIS, adaptando las condiciones de trabajo en el puesto o aplicando una movilidad funcional propia de esta situación antes de evaluar una posible ineptitud para el puesto de trabajo.

Así pues, como ya se afirmó en el comentario de la citada sentencia del Tribunal Supremo en esta misma revista, no cabe sino aplicar el art. 52 a) ET, y no el art. 49.1 e) ET, y nunca de manera directa sin haber procedido a una evaluación previa del contenido y la motivación de la resolución administrativa de incapacidad permanente, so pena de declaración de improcedencia de la decisión extintiva, cuando no de nulidad bajo determinadas circunstancias de vulneración del derecho a la igualdad por razón de discapacidad (STS de 3 mayo 2016, rcud. núm. 3348/2014, en aplicación de la STJUE de 11 abril 2013, HK Danmark, C-335/11 y 337-11, «Ring y Werge»), esto es, la insuficiencia de la adopción de medidas de ajuste razonable, como en el derecho español dispone expresamente el art. 63 LGDPDIS, que equipara denegación de ajustes razonables con discriminación por razón de discapacidad.

En definitiva, el TJUE deduce un derecho automático a extinguir el contrato de trabajo como consecuencia de la resolución por la que se declara la incapacidad permanente, que, en realidad, solo responde a la literalidad del precepto, sin la debida contextualización o interpretación de la misma en el marco de la legislación nacional, que establece tanto la obligación de adaptación del trabajo a la persona (art. 25 LPRL), como la de introducir ajustes razonables (art. 5 de la LPDPDIS) antes de efectuar aplicación del art. 49.1 e) ET, contra la voluntad del propio interesado, y califica como discriminatorio el incumplimiento de tal deber (art. 63 LPDPDIS). Si bien el precepto se halla huérfano de una debida actualización conforme al derecho vigente en materia de prevención de riesgos laborales y de protección de los derechos de las personas con discapacidad, desde el momento en que se consideran como tales, a partir de la adaptación de la legislación española a la Convención de Naciones Unidas y a la Directiva 2000/78, ello no excluye que deba ser interpretado conforme al art. 3.1 del Código civil (en relación con el contexto, antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas). Y, conforme a dicha interpretación, no puede entenderse que las empresas carezcan del deber de realizar ajustes razonables o adaptaciones antes de proceder a la extinción del contrato de trabajo, como se deduce claramente de los arts. 40.2 y 63 de la LPDPDIS.

En resumidas cuentas, podría entenderse que, para mayor claridad y seguridad jurídica, el art. 49.1 e) ET precisaría de una expresa alusión a la situación de discapacidad en tanto que situación equivalente a la de incapacidad permanente, para regular con mayor precisión el limitado encaje de la facultad extintiva empresarial cuando esta tiene carácter unilateral frente a empleados con discapacidad.

2. El régimen legal de recolocación en caso de declaración de incapacidad permanente

Conviene tener en cuenta la vigencia del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, que se conecta necesariamente con los arts. 48.2 y 49.1 e) ET.

Del conjunto de tales normas se desprende: a) *el derecho a conservar el puesto de trabajo para su recuperación una vez se revise el grado de incapacidad permanente en el plazo dispuesto por la resolución administrativa* que la declare o que le dé efectos, siempre que tal periodo sea inferior a dos años (STSJ Andalucía, Granada, núm. 2902/2010, de 1/12), denominada incapacidad especial por las SSTs de 28/1/2013 de Sala General (rcud. núm. 149/2012), y núm. 134/2016, 23/2 (rcud. núm. 2271/2014); b) *el derecho a mantener el puesto de trabajo en caso de declaración de incapacidad permanente parcial* en los términos del art. 1 del RD 1451/1983 (esto es, en función de la afectación al rendimiento «normal» o anterior en el puesto de trabajo, pues, de quedar esta afectada, el deber empresarial de mantenimiento del nivel retributivo anterior puede acompañarse de una adaptación compatible con la capacidad residual para el trabajo o, de no existir -el ajuste razonable...-, reducir proporcionalmente el salario en un máximo del veinticinco por ciento, con el límite del salario mínimo interprofesional, y, de recuperar la capacidad anterior, la obligación de reintegrarlos al puesto de trabajo originario si no hubiesen pasado más de tres años); c) *la extinción del contrato de trabajo como consecuencia de la declaración de incapacidad permanente total para la profesión habitual o absoluta para todo trabajo*, sin perjuicio de ulterior recontractación por la misma empresa en otro puesto de trabajo, como consecuencia de la conservación de suficiente capacidad para desempeñar otras funciones compatibles con su perfil profesional si existe vacante en la empresa o si el convenio colectivo lo establece con tal carácter obligatorio (cfr. STSJ Navarra núm. 128/2007, de 8/5); d) *la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida*, tanto si se declara en resolución administrativa como si deriva de declaración de ineptitud en reconocimiento médico, según la STSJ Asturias núm. 3504/2009, de 18/12); e) *el derecho a la readmisión en el puesto de trabajo en caso de recuperación de la capacidad*, consistente en un *derecho de preferencia absoluta en la primera vacante* que se produzca en su categoría o grupo profesional (art. 2 RD 1451/1983).

3. Jurisprudencia previa de la Sala IV

En esta misma revista se tuvo ocasión de comentar una sentencia del Tribunal Supremo (núm. 3077/2020, de 16 de septiembre, rcud. núm. 1000/2017) que analizaba la cuestión debatida (vid. «El dudoso concepto de la profesión habitual y la extinción del contrato por incapacidad permanente total cuando se adaptaron previamente las condiciones de trabajo», núm. 10/2020), si bien en este caso el análisis se centraba no en el deber de realizar ajustes razonables o el hipotético carácter discriminatorio de la extinción dispuesta en el art. 49.1 e) ET, sino en si las tareas que el trabajador ejecuta en la empresa con posterioridad a la declaración de incapacidad permanente correspondían a un profesiograma distinto al que fundó tal declaración a los efectos de justificar la decisión extintiva.

En dicha sentencia se concluye que la causa de extinción del art. 49.1 e) ET no es la mera resolución administrativa de declaración de incapacidad permanente, sino que de su contenido se desprende la efectiva imposibilidad para seguir desempeñando las tareas de la profesión que justificó la contratación laboral. No obstante, esta resolución no aborda el deber de realizar ajustes razonables ni la naturaleza discriminatoria del art. 49.1 e) ET, ni, por ende, las consecuencias de no haber adoptado medidas de movilidad funcional para realizar la adaptación de condiciones de trabajo que ordenan los arts. 25 LPRL y 40.2 de la LGDPDIS. Pero dicha consecuencia se desprende de su contenido, en tanto sostiene que no es admisible la extinción del contrato de trabajo si cabe recolocación alternativa en la empresa, como, de hecho, había sucedido tanto en ese caso como el analizado por la sentencia ahora comentado, pues en ambos

supuestos las respectivas empresas habían adaptado las condiciones de trabajo con un cambio de puesto antes de dictarse la resolución administrativa. Sin embargo, una posterior sentencia de la misma sala, la STS núm. 142/2021, de 3/2, se atenía a la literalidad del art. 49.1 e) para entender extinguido de manera automática el contrato de trabajo si la resolución administrativa no establece plazo de revisión por mejoría, sin necesidad siquiera de comunicación escrita por parte de la empresa, y, lo más relevante a los efectos debatidos, sin que resulte exigible a esta la reubicación obligatoria, por no establecerse ni convencional ni contractualmente, atendida la inmediata ejecutividad de la resolución administrativa. Argumento este último contradictorio con los derechos de las personas con discapacidad ya en la fecha de la mencionada resolución, aunque concordante con la doctrina anterior de la Sala IV (SSTS de 28/1/2013 de Sala General, rcud. núm. 149/2012, y núm. 134/2016, 23/2, rcud. núm. 2271/2014), a tenor de la cual el art. 7.1 del RD 1300/1995, de 21 de julio, concreta que la "subsistencia" de la relación laboral del artículo 48.2 ET, «"solo procederá" cuando en la resolución del reconocimiento de invalidez se haga constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado, "igual o inferior a dos años"», en cuyo caso debe darse «traslado al "empresario afectado" de la resolución del INSS (artículo 7.2 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio)». La citada STS núm. 142/2021, con cita de las anteriores de 28/12/2000 (rcud. núm. 646/2000) y núm. 76/2016, de 4/2 (rcud. núm. 2281/2014), «la diferencia entre el (actual) artículo 200.2 LGSS y el artículo 48.2 ET, desarrollado este último por el artículo 7.1 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, está en que el artículo 200.2 LGSS contempla la revisión de la incapacidad permanente como "posible" y el artículo 48.2 ET, como "probable" y solo en el caso de este último precepto el contrato de trabajo se suspende y no se extingue».

Así pues, el art. 48.2 ET, al que remite el precitado art. 49.1 e), no permite la extinción inmediata del contrato hasta transcurrido el periodo que la resolución administrativa (sea esta inicial o la dictada en ejecución de la judicial que la declara por vez primera) disponga para la revisión del grado de incapacidad permanente inicialmente reconocido (art. 200.2 LGSS), por lo que, sea este de un año o de dos años, el contrato de trabajo debe permanecer suspendido por un tiempo adicional decidido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en su resolución. De ahí que el art. 49.1 e) ET considerado aisladamente, y prescindiendo de las normas concordantes citadas, carezca en la actualidad de virtualidad para la extinción automática del contrato correlativa a la declaración de incapacidad permanente.

Por otra parte, es también doctrina consolidada la referida a la divergencia entre la profesión habitual que justifica la declaración administrativa -o judicial, como sucede en este caso- de incapacidad permanente para el trabajo y la labor específica de un determinado puesto de trabajo, admitiendo las sentencias de 17/1/1989 y de 12/2/2003 (rcud. núm. 861/2002), que se considera como tal «aquella que el trabajador esté cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional», o la que «permite su ejercicio en empleos o puestos distintos, pero propios del mismo grupo profesional, en el sentido que lo define el art. 22.2. del Estatuto de los Trabajadores», lo que implica admitir la movilidad funcional para solventar incapacidades sobrevenidas y compatibles con otras tareas dentro de la misma empresa, y, al mismo tiempo, rechazar que, a estos efectos, la profesión habitual sea identificable con el grupo profesional (SSTS de 15/10/2004 -rcud. núm. 5809/2003- y de 28/2/2005 -rcud. núm. 1591/2004-). De igual modo, la STS núm. 227/2020, de 11/3, mantiene el criterio de la movilidad funcional para ampliar las funciones comprendidas bajo el concepto de profesión habitual, pero matiza que «este criterio profesional no significa que las decisiones en materia de calificación de la incapacidad deban depender de las que en función del estado del trabajador puedan haberse adoptado en la relación de empleo». Pues, en definitiva, los planos laboral y de seguridad social no son vasos comunicantes, lo que, ya en la citada sentencia, conducía a concluir que «la vinculación se produce en todo caso en sentido contrario, como se advierte del examen del artículo 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores», es decir, de forma unidireccional hacia el plano laboral. Ha de recordarse que la legislación previa al Estatuto de los Trabajadores (1980) no reconocía como causa de

extinción del contrato la mera resolución administrativa por la que se declarara la incapacidad permanente (cfr. arts. 76 y 77 de la Ley de contrato de trabajo de 1944, que se limitaba a recoger como causa de justo despido la prevista en el vigente art. 52.1 b) ET: ineptitud sobrevenida, en el art. 77 d).

En consecuencia, el marco jurídico vigente permitía resolver el conflicto planteado ante el TJUE, si bien la ausente referencia a la naturaleza discriminatoria de la propia norma legal justifica el planteamiento de la cuestión prejudicial, así como una solución legal a la descoordinación aún vigente entre el art. 49.1 e) ET y los arts. 25 LPRL y 40.2 LDPDIS, pues la aplicación sin matices de un vetusto art. 49.1 e) ET -que, necesariamente, debe actuar en coordinación con el art. 48.2 ET, pero que omite considerar los derechos de recolocación e igualdad de oportunidades en el ámbito laboral- conduce al resultado absurdo de obviar los derechos reconocidos en sendas normas y que traducen el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad (a la que la propia LDPDIS asimila la incapacidad permanente) en una obligación activa de adaptar las condiciones de trabajo o de realizar «ajustes razonables».

En suma, la causa extintiva prevista en el controvertido precepto ha devenido inaplicable por obsolescencia sobrevenida, pero también por contravenir normativa externa, europea e internacional, de suerte que su formulación actual, como la del art. 7.1 del RD 1300/1995, de 21 de julio, debiera introducir su modulación a instancia de los interesados, esto es, como causa de extinción por voluntad de la parte trabajadora tras su declaración como incapacitada para el trabajo. Podría concluirse que el citado precepto reglamentario, a tenor del contexto legal analizado, contiene un mandato contra legem, al constreñir, en sentido contrario a lo dispuesto en la LDPDIS y el art. 5 de la Directiva 2000/78, el derecho de recolocación y a una vida laboral plena, pero no resulta así si se considera que dicha norma se limita a precisar el alcance temporal de una disposición suspensiva del contrato de trabajo en norma de rango legal (el art. 48.2 ET).

X. Apunte final

El efecto «dominó» de la STJUE de 18/1/2024 exige la reforma del conjunto normativo descrito (arts. 48.2 y 49.1 e) ET y art. 7.1 RD 1300/1995), que, no obstante, ya se deducía del marco normativo nacido a partir de la propia Directiva 2000/78 como de la LDPDIS, y, por consiguiente, venía requerido por este. Dicha reforma resultaría compatible con la dicción del art. 200.2.º LGSS, en cuanto este dispone la revisión de la situación de incapacidad permanente en todo momento como consecuencia del ejercicio de un trabajo, por cuenta propia o ajena, a los solos efectos de valorar un posible cambio de la capacidad funcional, y no de extinguir la situación de manera automática. Pero convertiría a la causa del art. 52 a) ET en la única habilitante de la decisión extintiva empresarial y, por consiguiente, con carácter indemnizado.

Entretanto se produzca tal reforma, el art. 49.1 e) ET debe necesariamente entenderse en el sentido compatible no solo con el art. 5 de la Directiva 2000/78, sino de la propia legislación interna (art. 40.2 LGDPDIS), que exige a las empresas adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo en función de las necesidades de cada situación concreta, antes de adoptar la decisión de extinguir el contrato de trabajo, sea por la vía del art. 49.1 e) ET o por la del 52 a) ET.

§ 2 La base de cotización en el contrato de relevo.

Antonio V. Sempere Navarro

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

Resumen: Se discute el modo de calcular la base de cotización aplicable a quien aparece como relevista. La Ley General de Seguridad Social (LGSS) presume que su salario será bastante inferior al de la persona relevada y ha querido que los ingresos de la Seguridad Social no mengüen en exceso. El artículo 215.2.e) LGSS, en tal sentido, dispone que la base de cotización del trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial. La sentencia ahora comentada especifica que ese 65% va referido a la base de cotización que tenía la persona relevada antes de reducir su jornada (entre un 25% y un 75%). Hay que recordar, además, que durante el período de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando este a jornada completa.

Palabras clave: Jubilación parcial. Contrato de relevo. Base de cotización. Cotizaciones del trabajador relevista.

Abstract: The method of calculating the contribution base applicable to those who appear as relievers is discussed. The General Social Security Law (LGSS) presumes that their salary will be much lower than that of the person relieved and has wanted Social Security income not to decrease excessively. Article 215.2.e) LGSS, in this regard, provides that the contribution base of the relief worker may not be less than 65 per cent of the average of the contribution bases corresponding to the last six months of the regulatory base period of the partial retirement pension. The judgment now commented on specifies that this 65% refers to the contribution base that the relieved person had before reducing their working hours (between 25% and 75%). It should also be remembered that during the period of partial retirement, the company and the worker will contribute to the contribution base that, if applicable, would have corresponded if the worker had continued to work full-time.

Keywords: Partial retirement. Relief contract. Contribution basis. Relief worker contributions.

I. Introducción

Desde el punto de vista de la edad se habla de jubilación a la edad ordinaria por referencia a la acaecida cuando las normas de Seguridad Social consideran que debe producirse para la generalidad de afectados; en ese momento tanto da que estemos ante jubilación de carácter voluntario u obligatorio. Es la que surge al alcanzar los 67

años (aunque el tránsito desde los 65 hasta ellos está en curso) y cualquier persona que cumpla los demás requisitos puede optar por hacerla coincidir con el inicio de su pensión; esta es la edad de la *jubilación ordinaria general*.

Por su lado, la jubilación parcial anticipada permite adelantar esa edad siempre que la empresa celebre, simultáneamente un contrato de relevo con otra persona. Al hilo de esta contratación se han producido diversos cambios normativos (para evitar descenso de cotizaciones) e interpretaciones jurisprudenciales.

La cuestión ahora afrontada es del todo sencilla: determinar cómo debe calcularse la base de cotización en el contrato de relevo. Se trata de aspecto decisivo tanto en orden al futuro nivel de la acción protectora cuanto de los costes que comporta la jubilación parcial.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Tercera (Sección Tercera) del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1752/2023, de 21 diciembre.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 4065/2022.

ECLI:ES:TS:2023:5897

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

Votos Particulares: Carece.

III. Problemas suscitados. Hechos y antecedentes

1. Cambiante interpretación administrativa

La reclamación de deuda trae causa en el cálculo de la base de cotización de un trabajador con contrato de relevo vinculado a un trabajador que accedió a la jubilación parcial con anterioridad al mes de abril de 2018.

Hasta esa fecha la TGSS tenía en cuenta para la cotización de los trabajadores con contrato de relevo la jornada efectiva del contrato de relevo. Sin embargo, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) cambió resolvió que la interpretación adecuada de la LGSS exigía que la base de cotización se referenciara a la propia de la persona jubilada parcial sin minorar su cuantía como consecuencia de la reducción de jornada acaecida.

El cambio de criterio se basa en un informe emitido de la DGOSS (23 marzo 2018) el cual se basa en la normativa aplicable a partir de la reforma del año 2011: la base de cotización aplicable al trabajador relevista, que no puede ser inferior al promedio de las bases de cotización de los últimos seis meses del período tomado para el cálculo de la base reguladora de la pensión del trabajador que accede a la jubilación parcial.

En consecuencia, para el jubilado parcial la base de cotización no será diferente de la que hubiera tenido de estar trabajando a jornada completa y para el trabajador relevista, la base de cotización tendría en cuenta el promedio de los últimos seis meses, y aplicado la jornada real, de tal manera que la cotización correspondiente al contrato de relevo no quita importe cuantitativo a las bases de cotización.

2. Resolución de la TGSS recurrida

Mediante Resolución de 6 de mayo de 2021, la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) en Ávila desestimó la reclamación de la

Comunidad Autónoma de Castilla y León sobre diferencias de base de cotización respecto de un trabajador relevista (4.134,68 euros).

3. *Sentencia del Juzgado de lo Contencioso.*

Mediante su sentencia 222/2021 de 2 diciembre el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Ávila estimó el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla y León contra la citada Resolución de 6 de mayo de 2021.

Sostiene que el criterio de la TGSS desincentiva tanto la jubilación parcial como el contrato de relevo, al elevar el coste empresarial correspondiente a las bases de cotización de la Seguridad Social del trabajador de relevo, de tal manera que una medida que se pensó para incentivar el mercado laboral se convierte en la práctica en un obstáculo para el fin para el que fue establecida dicha medida^[1].

Además, entiende que cuando la TGSS aplica retroactivamente el nuevo y más gravoso criterio de cotización de los contratos de relevo, conlleva a la Administración recurrente a quedar "atrapada" en un contrato cuyas nuevas condiciones de cotización no podía conocer cuando lo celebró y sin que pueda resolverlo.

4. *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia*

Mediante su sentencia 83/2022 de 18 marzo la Sala de lo Contencioso del TSJ de Castilla y León (Burgos)^[2] estima el recurso interpuesto por la Administración de la Seguridad Social por los siguientes argumentos:

A) Literalidad de los preceptos: la remisión al 65% del promedio se refiere a las bases de cotización y no a la jornada. La norma no está vinculando la base de cotización a la jornada, sino a la base de cotización de ambos trabajadores, pues debe existir una correspondencia de cotización entre ambas bases de cotización.

B) En ningún caso la Ley 27/2011 justifica su regulación en que pretenda incentivar los contratos de relevo.

C) El sistema de Seguridad Social debe garantizar su sostenibilidad puesto que los años de formación y de estudio de los jóvenes se han prolongado y su acceso al mercado de trabajo, por esa razón, se ha retrasado, mientras que la tasa de ocupación de las personas mayores de 50 años sigue siendo insuficiente. El Acuerdo social y económico ha previsto la adopción de una Estrategia global de empleo de los trabajadores de más edad, con el objetivo de favorecer su mantenimiento en el mercado de trabajo y promover la reincorporación de quien pierde su empleo en los últimos años de su vida laboral.

D) Con el contrato relevo se pretende conseguir que se continúe trabajando a tiempo parcial por el trabajador jubilado, el relevado y que el relevista disponga de un contrato de al menos de una jornada del 65% de la que correspondía al trabajador relevado, aun cuando ello no afecte a la cotización, de tal forma que en ningún caso se produzca daño o perjuicio alguno a la Seguridad Social, ya que en el supuesto de que el trabajador relevista trabaje durante un tiempo de trabajo inferior al 65% del tiempo completo que debería prestar el jubilado parcial o con un sueldo que implique una base de cotización inferior al 65%, la misma no puede ser inferior a éste porcentaje.

E) La base de cotización a tener en cuenta, para fijar la del trabajador relevista, es la base de cotización del trabajador relevado correspondiente a los últimos 6 meses del período de base reguladora que se tuvo en cuenta para fijar la pensión de jubilación parcial de este trabajador relevado. Una vez obtenida esta base, en ningún caso la base de cotización del trabajador relevista puede ser inferior al 65%, sin perjuicio de que por el tiempo de trabajo, jornada, que vaya a desempeñar este relevista, salario o cualquier otra circunstancia, la base de cotización que resulte aplicable al trabajador relevista sea superior al 65% y por tanto, deba aplicarse esta base de cotización y no el mínimo del 65% a que se refiere la letra e), ya que dicho precepto no establece que el referido porcentaje constituya también un máximo.

F) Las bases de cotización se aplican en correspondencia con la remuneración y con la duración de la jornada de trabajo, pero dicha correspondencia sufre una excepción en este caso, como también ocurre para el trabajador jubilado parcialmente.

G) Lo anterior concuerda con la jurisprudencia conforme a la cual para calcular la pensión de jubilación se computado las bases de cotización durante la situación de jubilación parcial incrementadas hasta el 100 por 100, esto es, haciendo el cálculo con arreglo al salario que el trabajador habría percibido si hubiese trabajado a jornada completa^[3].

H) No se vulneran los principios de confianza legítima y seguridad jurídica ya que la modificación de los criterios interpretativos y aplicativos de las normas obedece a una dinámica jurídica que se basa en una razonable evolución, por lo que el cambio de criterio no vulnera la doctrina de los actos propios, ni los principios de confianza legítima y buena fe, pues la Administración no queda vinculada indefinidamente por sus precedentes^[4].

IV. Posición de las partes

La posición de las partes, en este debate casacional, concuerda por completo con lo que en las fases a instancias previas han venido sosteniendo.

1. La Comunidad Autónoma recurrente

Considera que aplicar la interpretación nueva a contratos anteriores a abril de 2018 comporta una retroactividad ilícita de un criterio restrictivo pues contraviene lo que resulta de aplicar los principios de buena fe y de confianza legítima.

Crítica la sentencia del TSJ por lo siguiente: 1º) Es incongruente con la interpretación de la norma que llevó a cambio la TGSS antes del cambio de criterio. 2º) La Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León (Valladolid) sostiene que no existe correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y el jubilado parcial. 3º) Las normas sobre cotización a tiempo parcial indican que la base estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias.

En suma, cuando el trabajador relevista tiene suscrito un contrato a tiempo parcial, la base de cotización que sirve de referencia para tener en cuenta el 65 % citado en la norma, debe ser la correspondiente a la del trabajador relevado una vez aplicado el porcentaje de la jornada realizada por el relevista, con el fin de evitar una sobrecotización.

2. La Tesorería General de la Seguridad Social

Descarta que haya retroactividad alguna pues el nuevo criterio solo se aplica a partir de su adopción, habiéndose beneficiado la empleadora del previo mientras se mantuvo. El cambio de parecer está previsto como una posibilidad en la Ley 39/2015.

Hay que estar a la norma especial derivada de la Ley 27/2011, motivada por no haberse alcanzado las expectativas puestas en el contrato de relevo y por la necesidad de restringir al máximo su aplicación.

Los criterios de la doctrina judicial del orden social, además de no vincular, refieren a la pensión y no al modo de cotizar.

En materia de cotización la regla general es la que la base de cotización esté constituida por la remuneración total que, con carácter mensual, tenga derecho a percibir el trabajador o efectivamente perciba, de ser esta superior, pero que exista esa regla general no impide que la propia normativa contemple excepciones, que es lo que ocurre en el supuesto de autos.

V. Normativa aplicable al caso

1. Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social

La Ley 27/2011 introdujo importantes modificaciones en materia de jubilación parcial. En concreto, por cuanto aquí interesa, incorporó a la LGSS/1994 el texto que ahora mismo luce en el art. 215 LGSS/2015. El apartado IV del Preámbulo lo introducía del siguiente modo:

[...] en los casos en que la jubilación parcial precisa de la celebración simultánea de un contrato de relevo, la ley señala que deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial.

Además, en relación con la cotización durante el periodo de compatibilidad de la pensión de jubilación parcial con el trabajo a tiempo parcial, y sin perjuicio de la reducción de jornada, la empresa y el trabajador, de acuerdo con el Acuerdo social y económico, habrán de cotizar por la base de cotización que, en su caso, hubiere correspondido de seguir trabajando a jornada completa. Esta novedad en materia de cotización se aplicará de forma gradual elevando las bases de cotización en un cinco por ciento por cada año transcurrido desde el inicio de la vigencia de la presente ley, hasta su completa aplicación a partir del 1 de enero del año 2027.

2. Ley General de Seguridad Social de 2015

El artículo 215 LGSS regula la jubilación parcial voluntaria siempre que a la persona interesada la queden unos pocos años (hasta cuatro) para cumplir la edad ordinaria y cumpla exigentes requisitos (tener jornada completa, importante antigüedad en la empresa, cotización dilatada, etc.). Además, es imprescindible que la empresa suscriba un contrato de relevo con otra persona, apareciendo en el número 2 de tal artículo, entre otras, las siguientes reglas:

e) Que exista una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del periodo de base reguladora de la pensión de jubilación parcial.

[...]

g) Sin perjuicio de la reducción de jornada a que se refiere la letra c), durante el periodo de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando este a jornada completa.

Por su lado, el artículo 246 LGSS disciplina la cotización en trabajos a tiempo parcial y dispone lo siguiente:

1. La base de cotización a la Seguridad Social y de las aportaciones que se recaudan conjuntamente con las cuotas de aquella será siempre mensual y estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias.

2. La base de cotización así determinada no podrá ser inferior a las cantidades que reglamentariamente se determinen.

3. Estatuto de los Trabajadores de 2015

El artículo 12.7 ET establece diversas reglas sobre el contrato de relevo y, entre ellas aparece una que ahora interesa:

d) El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido. En todo caso, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, en los términos previstos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social

4. Reglamento general de cotización

El art. 23 del Reglamento General sobre cotización y liquidación, establece que "La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, así como por los conceptos de recaudación conjunta con las cuotas de dicho régimen, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que, con carácter mensual, tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena".

VI. Doctrina básica

Se ha debatido, en exclusiva, si el artículo 215.2.e) LGSS significa que la correspondencia entre las bases de cotización ha de ser proporcional a la jornada del trabajador relevista, de modo que cuando el trabajador relevista tenga suscrito un contrato parcial, la base de cotización que sirva de referencia para tener en cuenta el 65 % citado en la norma, es la correspondiente a la del relevado una vez aplicado el porcentaje de jornada realizada por el relevista.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo respalda la tesis acogida por el TSJ, que consta resumida más arriba. Por tanto, ahora solo es necesario reiterar esos argumentos, por lo demás, del todo ortodoxos.

1. Interpretación literal

La norma controvertida sitúa el límite inferior de las bases de cotización del trabajador relevista en el 65 % "del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial, sin que el precepto legal efectúe ninguna referencia ni tenga en consideración alguna el porcentaje de jornada realizada por el relevista.

Esta obligada y primera aproximación respalda la tesis de la TGSS pues la previsión aparece sin mención ni consideración alguna a la jornada realizada por el relevado. Y sabido es que su cotización sigue siendo la misma que si desempeñara su actividad a tiempo completo.

2. Interpretación histórica

Una primera versión de la norma exigió que los trabajos fueran iguales o similares lo que, implícitamente, suponía que tendrían parecidos salarios y, por ello, similares bases de cotización, que es lo realmente importante, desde este punto de vista.

Posteriormente, a raíz de la reforma introducida por la Ley 40/2007, abrió una doble vía para alcanzar la finalidad de la no merma en la recaudación: junto a la vía indirecta del trabajo igual o similar, la vía directa de la correspondencia de cotización, si bien parcial: de al menos el 65 por 100 y con esa redacción un tanto confusa acerca de los "requerimientos específicos" para obviar la igualdad o similitud de los trabajos y que quedaban a la espera de desarrollo reglamentario. El 166.2.e) LGSS/1994 exigía tanto una correspondencia entre el puesto de trabajo de relevista y de relevado cuanto entre sus bases de cotización^[5].

Con el régimen instaurado por la Ley 27/2011 (que perdura en la actualidad) el requisito de la identidad o similitud de los puestos de trabajo del jubilado parcial y del relevista ya no es exigencia ineludible; sin embargo, se mantiene la correspondencia sustancial de las cotizaciones sociales, cifrada en el mínimo del 65 % de la cotización del relevista respecto de la del relevado.

Esa circunstancia muestra a las claras la voluntad legislativa de que las cotizaciones sigan vinculadas en su montante, incluso aunque no se trate de personas que desempeñan puestos de trabajo equivalentes. Cabe alterar la función, cabe que los salarios resulten muy desiguales, pero no se hace alusión ninguna, ni siquiera indirecta, a que dicho límite mínimo o inferior de la base de cotización del relevista admita su reducción en atención al porcentaje de la jornada que el relevista realice.

3. Interpretación teleológica

Con invocación de la jurisprudencia social unificada^[6] la sentencia comentada expone los objetivos perseguidos por la jubilación parcial: 1º) Facilitar el acceso gradual a la jubilación y la renovación de las plantillas de las empresas. 2º) Evitar la pérdida de puestos de trabajo^[7]. 3º) Impedir una merma sustancial en la recaudación de las cotizaciones sociales.

El requisito de identidad o similitud de los puestos de trabajo del jubilado parcial y del relevista, y la pertenencia al mismo grupo profesional y a la misma o equivalente categoría profesionales como criterio de definición de tales identidad o similitud, no es de exigencia ineludible, en cuanto que las propias normas legales comenzaron previendo excepciones "reglamentarias" a la misma y acabaron abandonándolo. El legislador ha suprimido la referencia al trabajo igual o similar, limitando la comparación de los puestos de trabajo del jubilado parcial y del relevista a la regla citada de correspondencia sustancial de cotizaciones sociales.

4. Interpretación sistemática

Como regla general, en el trabajo a tiempo parcial la cotización a la Seguridad Social está constituida por la remuneración total que perciba el trabajador o tenga derecho a percibir, de ser esta superior (art. 2461.1 LGSS). Pero la existencia de esa regla principal no impide que el propio legislador establezca excepciones, como ocurre en el régimen específico de las bases de cotización del trabajador relevista y del trabajador relevado en los casos de jubilación parcial.

Este régimen específico de las bases de cotización en los casos de jubilación parcial no solamente se refiere a las bases de cotización del trabajador relevista, que hemos examinado en este recurso y que se concreta en el *artículo 215.2.e) de la LGSS*, que establece que la base de cotización del trabajador relevista no puede ser inferior al 65 % de la base de cotización del trabajador jubilado parcial relevado, en los términos expresados en el precepto, sino que también el régimen específico alcanza las bases de cotización del trabajador jubilado (art. 215.2.g, ya reproducido).

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye desestimando el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Administración Autonómica, confirmando la sentencia dictada por el TSJ de Castilla y León.

En materia de costas procesales, de conformidad con el dispuesto en el artículo 139.3, en relación con el artículo 93.4, de la LJCA, cada parte abonará las costas de la casación causadas a su instancia y las comunes por mitad.

VIII. Pasajes decisivos

El Fundamento de Derecho Sexto contiene la respuesta a la cuestión de interés casacional, que formula del siguiente modo:

El artículo 215.2.e) LGSS ha de ser interpretado en el sentido de que la correspondencia exigible entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial requiere que la correspondiente al trabajador relevista no sea inferior al 65 por ciento del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial, sin que resulte procedente aplicar el porcentaje de jornada realizada por el relevista.

IX. Comentario

1. *Jurisprudencia social concordante*

Son varias las cuestiones conexas con la ahora afrontada y que han sido resueltas por la jurisprudencia social unificada. Entre otras, vale la pena recordar las siguientes.

De acuerdo con la regulación transitoria, en 2008 era posible que la reducción de jornada máxima del trabajador jubilado a tiempo parcial llegase al 85 por ciento sin necesidad de que el contrato de relevo fuera indefinido y a tiempo completo^[8].

El fallecimiento del trabajador relevado no produce la extinción del contrato de relevo que, ya se haya suscrito por tiempo indefinido o por una duración determinada, se mantiene vivo y vigente en sus propios términos hasta la jubilación total del relevado o sustituido^[9].

No se entiende concertado en fraude de ley el contrato de relevo celebrado para sustituir a trabajador que accede a la jubilación parcial y acuerda con la empresa concentrar su jornada de trabajo, de modo que cuando el contrato de relevo se extingue por cumplir el jubilado parcial la edad ordinaria de jubilación, este ya no prestaba servicios en la empresa^[10].

Si el empresario incumple la obligación de sustituir al relevista que cesa antes de que el relevado cumpla la edad de jubilación y recopila doctrina de la Sala sobre el deber empresarial de abonar al INSS la prestación percibida por el pensionista la consecuencia en términos puramente obligacionales, que no implica sanción alguna que pueda o deba imponer el INSS, porque en puridad, no se trata de la respuesta punitiva a una contravención legal, sino más bien al incumplimiento de una obligación contraída ex arts. 166.4 LGSS y 12.6 ET en sentido técnico^[11].

La base reguladora de la pensión del jubilado parcial que accede a la jubilación completa se calcula teniendo en cuenta el incremento de las bases de cotización hasta el cien por cien, aunque la empresa haya incumplido la obligación de sustituir al trabajador relevista que cesa durante la situación de jubilación parcial^[12].

Constituye despido improcedente la extinción del contrato de relevo, por supuesto cumplimiento del término, cuando existe una previa comunicación de la empresa indicando su intención de considerar el contrato indefinido^[13].

Es requisito constitutivo para acceder a la jubilación parcial que la empresa lo convenga así con el trabajador y formalice, a continuación, un contrato de relevo. Ahora bien, la empresa no está obligada legalmente a aceptar la propuesta de jubilación parcial del trabajador, ni tampoco a formalizar un contrato de relevo. Cuando el convenio colectivo aplicable reconoce el derecho a acceder a la jubilación parcial, al cumplir la edad y requisitos exigidos por la legislación vigente, sin mayores precisiones (como la imposición del deber empresarial de aceptar la solicitud o de celebrar el preceptivo contrato de relevo) no puede entenderse que estamos ante un verdadero y perfecto derecho que sea exigible, siendo necesario el acuerdo entre las partes de contrato de trabajo^[14].

Es constitutivo de despido improcedente el cese del trabajador relevista por jubilación anticipada a los 64 años del trabajador relevado, con suscripción por la empresa de nuevo contrato de obra con otro trabajador por el tiempo restante hasta los 65 años del relevado^[15].

La extinción del contrato de trabajo de un relevista porque el INSS ha denegado la jubilación anticipada parcial al trabajador sustituido debe materializarse mediante el despido objetivo de aquel, con abono de la indemnización prevista en el artículo 53 del ET; de no hacerlo así, estamos ante un despido improcedente^[16].

Esta jubilación parcial está destinada a aquellos trabajadores que atienden una actividad a tiempo completo, pasando a desempeñar una actividad a tiempo parcial. El

trabajador fijo discontinuo, en este ámbito de protección, no tiene encaje en la jubilación parcial al no atender un trabajo a tiempo completo^[17].

Cuando su contrato de trabajo se extingue por su jubilación total, el jubilado parcial no tiene derecho a la indemnización por fin de contrato temporal pues la novación del contrato a tiempo completo no comporta su terminación y la causa extintiva es la jubilación total, no la llegada de un término de temporalidad^[18].

La jubilación parcial no genera el derecho a la llamada *prima* de jubilación anticipada, pues en este caso se sigue trabajando parte de la jornada, sin que esté previsto su abono parcial^[19].

Desde la entrada en vigor del RDL 5/2013, los contratos de relevo deben ser a tiempo completo y de duración indefinida si el trabajador relevado -jubilado a tiempo parcial- tiene una reducción de su jornada del 75%. Por tanto, si el contrato suscrito establece una jornada al 75% para el trabajador relevista, es fraudulento y el cese constituye un despido improcedente^[20].

2. La correspondencia entre bases de cotización

La STS 113/2019 de 13 febrero de 2024 (rcud. 113/2019) examina las consecuencias que, para el contrato de relevo, posee que relevista y jubilado parcial no ocupen el mismo puesto de trabajo, ni realicen exactamente las mismas funciones, ni que la empresa haya acreditado la correspondencia entre las bases de cotización de ambos trabajadores. El supuesto se rige por la regulación anterior a la Ley 27/2011.

La correspondencia entre las bases de cotización se convierte en requisito principal para la regularidad del contrato de relevo, tal como se desprende de la doctrina jurisprudencial reseñada y del tenor de la LGSS.

En el caso, hay un contrato de relevo en que el trabajador jubilado parcialmente ocupaba un puesto de trabajo distinto del que fue a ocupar el trabajador relevista, existiendo notables diferencias en torno al grado dentro de la categoría de Técnico Superior Ferroviario (grado 9 el jubilado parcialmente, grado 1 el relevista), se concluye la inexistencia de correspondencia de las bases de cotización en los términos exigidos por la normativa aplicable. El contrato de relevo concertado en estas condiciones debe reputarse hecho en fraude de ley, con lo que su extinción formalmente apoyada en el acceso a la jubilación total y ordinaria por el trabajador relevado constituye un despido improcedente al incidir esta causa de extinción, prevista legalmente para un contrato de relevo lícito, sobre una relación laboral que devino indefinida por fraude de ley con arreglo a lo dispuesto en el art. 15.3 ET.

En consecuencia, la correspondencia entre las bases de cotización se convierte en requisito principal para la regularidad del contrato de relevo, debiendo entenderse concertado en fraude de ley –y el cese del relevista despido improcedente- cuando no se acredita dicha correspondencia, aunque exista cierta similitud de puestos de trabajo entre relevista y jubilado parcial.

Puede accederse a la pensión de jubilación parcial desde la situación de personal laboral a extinguir cuando está ocupando una plaza de naturaleza estatutaria, incluso si se está ate personal subrogado por reversión; se recalca que la empleadora tiene medios legales por los que poder cubrir la jornada que deja la demandante a través del contrato de relevo^[21].

X. Apunte final

La sentencia comentada contiene una interpretación importante y sólida sobre cómo debe calcularse la base de cotización para el contrato de relevo. Consecuencia clara de ello es que los costes de la aportación (empresarial y obrera) a la Seguridad Social aparecen emancipados (diríase que por presumible elevación) respecto del salario percibido por el relevista y de la mayor o menor jornada que desempeñe.

Referencias:

1. *^ A criterio del Juzgado, la interpretación de la Administración demandada, frustra la efectividad de la jubilación parcial y simultaneidad del contrato de relevo, siendo más ajustada a derecho la interpretación que dicha Administración hacía antes del 1 de Abril de 2018, teniendo en cuenta que la norma no ha sufrido cambios desde su creación por la Ley 27/ 2011.*
2. *^ Ponente, D. José Matías Alonso Millán.*
3. *^ SSTs 30 enero 2013 (rcud. 1017/2012) y 825/2018 de 1 octubre (rcud. 1101/2018).*
4. *^ El cambio de criterio sólo es rechazable cuando incurre en arbitrariedad, o no resulta amparado por la Ley, lo que no es el caso, además de que el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente; la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general.*
5. *^ “Que, en los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo de éste no pueda ser el mismo o uno similar que el que vaya a desarrollar el trabajador relevista, exista una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial”.*
6. *^ En concreto, se trata de las SSTs 23 noviembre 2011 (rcud. 3988/2010), 24 abril 2012 (rcud. 1548/2011) y 5 noviembre 2012 (rcud. 4475/2011).*
7. *^ Desde la perspectiva de la política de empleo, que la jubilación anticipada, aunque sea parcial, no se traduzca en la pérdida de puestos de trabajo: de ahí la exigencia de celebrar simultáneamente un contrato de relevo con al menos la misma duración que el tiempo que reste hasta la jubilación definitiva del relevado y con una jornada al menos igual al tiempo de reducción experimentada por la jornada de éste. EN tal sentido, 23 noviembre 2011 (rcud. 3988/2010).*
8. *^ STS 577/2018 de 30 mayo (rcud. 2256/2016).*
9. *^ STS 945/2020 de 28 octubre (rcud. 3116/2018) y las allí citadas.*
10. *^ STS 490/2021 de 5 mayo (rcud. 2392/2019) y las allí citadas.*
11. *^ La STS 8 julio 2010 (rcud. 3442/2009) añade que la sanción solamente existe cuando a la conducta ilícita se anuda la imposición de una privación de derechos con finalidad represiva de la infracción y preventiva o disuasoria de conductas similares*
12. *^ La STS 18 enero 2012 (rcud. 1264/2011) examina la finalidad del deber empresarial (corrige el incumplimiento de la obligación empresarial de mantener la contratación de relevo y compensa el déficit de cotización) y restringe las consecuencias de la infracción por eso mismo.*
13. *^ STS 11 junio 2014 (rcud. 2132/2013).*
14. *^ STS 236/2023 de 29 marzo (rcud. 2322/2020).*
15. *^ STS 210/2017 de 14 marzo (rcud. 2714/2015).*
16. *^ STS 693/2022 de 22 julio (rcud. 2621/2021).*
17. *^ STS 1272/2023 de 21 diciembre (rcud. 3616/2022).*
18. *^ STS 990/2023 de 22 noviembre (rcud. 4199/2020).*
19. *^ STS 976/2023 de 15 noviembre (rcud. 4105/2020).*
20. *^ STS 949/2023 de 7 noviembre (rcud. 4954/2022).*
21. *^ La STS 632/2023 de 29 septiembre concluye que el hecho de que el trabajador, personal laboral, ocupe una plaza de naturaleza estatutaria tan*

solo supone que lo es a los efectos de la organización de la plantilla sin que, altere las condiciones laborales del personal asumido que no adquiere ninguna de las condiciones del personal estatutario.

§ 3 Derechos de huelga y libertad sindical. Esquirolaje interno y externo. Indemnización por daño moral asociado a la vulneración.

José Luis Monereo Pérez

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

Resumen: STS-SOC núm. 962/2023, de 8 de noviembre (RCO núm. 204/2021). Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro. Vulneración del derecho de huelga y de libertad sindical (información y negociación). Esquirolaje interno y externo. Derecho a la negociación colectiva. Indemnización por daño moral asociado a la vulneración de derechos fundamental.

Palabras clave: Derechos de huelga. Libertad sindical y negociación colectiva. Esquirolaje interno y externo. Indemnización por daño moral por vulneración de derecho fundamental.

Abstract: STS-SOC no. 962/2023, of November 8 (RCO no. 204/2021). Speaker: Mr. Antonio V. Sempere Navarro. Infringement of the right to strike and freedom of association (information and negotiation). Internal and external scabbing. Right to collective bargaining. Compensation for moral damages associated with the violation of fundamental rights.

Keywords: Rights to strike. Freedom of association and collective bargaining. Internal and external scabbing. Compensation for moral damages for violation of a fundamental right.

“El Derecho es un fenómeno social que depende de la existencia de instituciones sociales [...] se necesitan reglas que establezcan órganos con poder de decidir en nombre de la sociedad (esto es, con fuerza de obligar a todos los miembros de la sociedad) si ha tenido lugar una violación de las normas y, en su caso, que sanciones ha de aplicarse. Tales órganos son los tribunales. Cuando el ejercicio de las sanciones está organizado de esta manera, podemos hablar de un “orden institucional”. Un orden institucional bien desarrollado incluye órganos institucionales con poder de producir reglas generales y gran número de diferentes órganos para el cumplimiento y mantenimiento de las leyes y de las decisiones judiciales”.

ALF ROSS^[1]

I. Introducción

El Sindicato USO Canarias Unión Sindical Obrera (USO CANARIAS) interpuso demanda de Tutela de Derechos Fundamentales del que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Gran Canarias). Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando

se dicte sentencia por la que: se declare la existencia de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas del Sindicato actor, con vulneración del Derecho a la Libertad Sindical (art. 28.1 CE) y el Derecho de Huelga (art. 28.2 CE), ordenando el cese inmediato de la conducta de la demandada; en aplicación de lo dispuesto en el art. 183 LRJS que determina que se acordará la reparación de las consecuencias del actor, incluida la indemnización que corresponda, se condene a la empresa demandada al abono de la indemnización por el daño causado al Sindicato actor cifrado en la cuantía de 3.125€ por la vulneración del Derecho Fundamental de Libertad Sindical del art. 28.1 CE y en 25.01€ por la vulneración del Derecho Fundamental de Huelga del art. 28.2 CE. Todo ello junto los pronunciamientos que fueran favorables conforme a derechos incluidas las costas del presente procedimiento.

Esta compleja pretensión de la demanda de Tutela de Derechos Fundamentales determinar la sustanciación de los procedimientos procesales subsiguientes.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 962/2023, de 8 de noviembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 204/2021.

ECLI:ES:TS:2023:4791

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

- El Sindicato USO Canarias Unión Sindical Obrera (USO CANARIAS) interpuso demanda de Tutela de Derechos Fundamentales del que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Gran Canarias). Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: se declare la existencia de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas del Sindicato actor, con vulneración del Derecho a la Libertad Sindical (art. 28.1 CE) y el Derecho de Huelga (art. 28.2 CE), ordenando el cese inmediato de la conducta de la 1 demandada; en aplicación de lo dispuesto en el art. 183 LRJS que determina que se acordará la reparación de las consecuencias del actor, incluida la indemnización que corresponda, se condene a la empresa demandada al abono de la indemnización por el daño causado al Sindicato actor cifrado en la cuantía de 3.125€ por la vulneración del Derecho Fundamental de Libertad Sindical del art. 28.1 CE y en 25.01€ por la vulneración del Derecho Fundamental de Huelga del art. 28.2 CE. Todo ello junto los pronunciamientos que fueran favorables conforme a derechos incluidas las costas del presente procedimiento.

Admitida a trámite la demanda de Tutela de Derechos Fundamentales, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes. Con fecha 16 de abril de 2021 se dictó sentencia ahora recurrida, con el siguiente fallo: "Que debemos estimar y estimamos la demanda sobre interpuesta por Dña. Verónica M. Álvarez Liddell en representación de USO CANARIAS UNIÓN SINDICAL OBRERA-CANARIAS (USO-CANARIAS) frente a GRUPO KALISE S.A, siendo parte del Ministerio Fiscal declarando que la conducta de la empresa demandada conforme al

fundamento de derecho cuarto, quinto y sexto *supone una vulneración de los derechos a la libertad sindical y derecho de huelga de la parte actora, condenando a la misma al pago de la suma de 26.250 euros en concepto de indemnización por daños morales* a la parte actora derivados de la señalada vulneración de sus derechos fundamentales".

Contra la expresada resolución del TSJ de Canarias se preparó recurso de casación a nombre de Grupo Kalise, S.A. Su Letrado Sr. Losada Quintas, en escrito de fecha 27 de mayo de 2021, formalizó el correspondiente recurso al amparo del art. 207.d) LRJS.

IV. Posición de las partes

Parte Social: una vulneración de los derechos a la libertad sindical y derecho de huelga de la parte actora, y postula su derecho a ser indemnizado por daños morales.

Parte Empresarial: Entiende que no se ha producido vulneración alguna de tales derechos fundamentales y que tampoco se dan los presupuestos para exigir una indemnización por daños morales.

V. Normativa aplicable al caso

Derecho de libertad Sindical (artículo 28.1 CE) y el Derecho de Huelga (artículo 28.2 CE).

Derecho a la negociación colectiva, artículo 37.1 CE.

Derechos de información Artículo 64 ET.

Artículo 2.1.d) LOLS.

Artículos 7.7 y 40.1.b LISOS.

Artículos 179.3, 183, 207.d, 214, 219.1, 235.3, 75.4 y 97.3 LRJS,

VI. Doctrina básica

Se plantea a examen de tres Motivos.

1º). El deber empresarial de información al comité de empresa (Motivo 1º).

-El motivo se formula del siguiente modo: La mercantil recurrente alega la infracción de la jurisprudencia de esa Sala, en concreto, de la doctrina albergada en STS de octubre de 2015 (recurso 322/2014). Sostiene que ha cumplido ampliamente con lo estipulado en el art. 64 ET en materia de información, tal y como se desprende de los hechos probados 10, 12, 13 y 17. A la vista de ellos y de la doctrina acuñada en la referida sentencia, concluye que no ha existido vulneración alguna.

- El Tribunal Supremo desestima este motivo. Dado que el motivo se limita a negar la existencia de tal incumplimiento, que hay que insistir consta en los hechos probados, y no rebate los argumentos de la sentencia, su desestimación resulta evidente. Las sentencias cuya doctrina invoca como infringida presuponen la existencia de una situación diversa a la que concurre en el presente caso. La demanda consideraba existentes diversas infracciones informativas y la Sala de instancia ha descartado varias de ellas, pero no sucede así con otras. Las insuficiencias que el TSJ considera acreditadas son negadas por la mercantil demandada, pero sin proponer corrección de los hechos en la forma perdida por el artículo 207.d LRJS. En la parte referida a vulneración del derecho de información, en conexión con la libertad sindical, la sentencia recurrida estima la demanda a la vista de las infracciones apreciadas. Al quedar las mismas incólumes, se impone el fracaso del motivo.

2º). El segundo motivo hace referencia al Esquirolaje interno y externo (Motivo 2º).

-El motivo se formula indicando: Al amparo del art. 207.d) LRJS, el segundo motivo denuncia la infracción de la doctrina contenida en la STS de 18 de marzo de 2016 (rec. 78/2015). Entiende Grupo Kalise SA que las conductas de la empresa no constituyen

esquirolaje interno, ni externo, pues consta en los hechos probados que había contratado algunas rutas de reparto mediante una empresa externa en fechas anteriores a la huelga y que lleva utilizando este método desde el 2019 y consta, asimismo, que los contratos que suscribió estaban plenamente identificados, lo fueron por cobertura de vacaciones o enfermedad y se hicieron antes de la huelga.

-Este motivo es desestimado: 1º) Como queda expuesto, lo reprochado a Kalise Menorquina por la sentencia es que determinadas tareas de reparto "de algunos huelguistas" fueron asumidas por personal de superior categoría profesional. Se trata del fenómeno usualmente identificado como esquirolaje interno y que merece reprobación. También se ha constatado que Kalise contrató con una empresa de logística el reparto de yogures "en septiembre de 2019, durante la huelga". Se trata del fenómeno usualmente identificado como esquirolaje externo y que no merece siempre la misma respuesta jurídica. Asimismo, queda constancia de que la empresa impidió la entrada a los representantes legales de los trabajadores y al Comité de huelga, cesando esa negativa tras la intervención de la ITSS. Se trata de un fenómeno de obstrucción al desarrollo de la huelga convocada. La sentencia recurrida entiende que "Durante la huelga de 2019, la empresa sólo permitió la entrada del Comité previa intervención de la ITSS, en claro incumplimiento de la obligación de permitir su acceso, sin que hubiera indicios de ninguna voluntad del Comité de huelga de violentar a los trabajadores en activo o de interferencia en el proceso productivo, por lo que debe estimarse la lesión denunciada como del derecho de huelga". 2º) Las expuestas conductas son las que se contienen en los hechos probados 19, 20 y 21, cuya modificación no ha sido instada por la recurrente, y las mismas son vulneradoras del derecho de huelga, tal y como se desprende de la jurisprudencia recogida en la propia sentencia impugnada y en la que acabamos de mencionar. Es significativo que la propia STS 237/2016 de 18 marzo (rec. 78/2015), invocada por el motivo de recurso contiene esa misma doctrina y desestima el recurso empresarial en un caso de esquirolaje interno. Es evidente que la demandada activó medidas con el objeto de limitar el derecho de huelga como fue la de sustituir a trabajadores huelguistas por otros de nivel superior, para neutralizar el efecto propio y esencial del ejercicio de aquel derecho fundamental como es la paralización de la actividad (en esos términos, STS 13/2020 de 13 enero, rec. 138/2018). En respecto de las otras dos conductas vulneradoras del derecho de huelga (externalización de algunas rutas de reparto de yogur, prohibición de acceso a las instalaciones empresariales) el recurso no construye una argumentación específica que precise nuestra atención.

3ª). El tercer motivo está vinculado la problemática del deber legal de negociar (Motivo 3º).

-El motivo se formula, indicando que, como queda expuesto y acreditado en los hechos probados, al hilo de la negociación de un nuevo convenio colectivo se produjeron diversas actuaciones, no exentas de tensión, por ambas partes. La sentencia recurrida considera que se ha vulnerado la libertad sindical en su dimensión de derecho a la negociación colectiva. El tercer motivo denuncia la infracción de la jurisprudencia contenida en la STS de 22 de mayo de 2006 (recurso 51/2005). Sostiene la recurrente que el deber de negociar no se confunde con la obligación de convenir, ni con la de mantener indefinidamente una negociación que no produce acuerdos y, en el presente caso, la empresa estuvo negociando hasta el 31 de enero de 2020 y la convocatoria de la asamblea fue una mera consulta sin carácter vinculante y no entorpeció las negociaciones que continuaron desarrollándose, por lo que no se lesionó el derecho a la buena fe negocial, ni el derecho a la negociación colectiva. La recurrente recuerda diversa jurisprudencia conforme a la cual el deber de negociar no se confunde con el de acordar, y tampoco la empresa está obligada a mantener abierto un proceso negociador de duración indefinida.

- Se desestima este motivo, atendiendo básicamente a que No es posible ignorar los "tiras y aflojas" habidos en el procedimiento de negociación, ni el modo en que la empresa intenta dejar al margen a la representación de los trabajadores. La versión de los hechos que ahora elabora la empresa es diversa de la que el Tribunal de instancia

ha considerado cierta y en ésta cobra relevancia el modo en que la empresa entiende finalizada la negociación (por decisión unilateral), el posterior sometimiento de la decisión a la asamblea (prescindiendo de quienes representan a la plantilla), el contenido de la propuesta empresarial (alejada de lo que se venía negociando), o la propia disyuntiva trasladada a las papeletas (induciendo a la aceptación). Por todas las razones expuestas, tampoco este tercer motivo del recurso puede prosperar. La sentencia recurrida es acorde con la doctrina de la que considera infrinrida.

4º). Daños y perjuicios asociados (Motivo 4º)

- El motivo del recurso versa sobre la indemnización por daños y perjuicios. Conforme al artículo 179.3 LRJS. La demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador. Por su lado, el artículo 183 LRJS, regulando el contenido de la sentencia en estos litigios sobre vulneración de derechos fundamentales.

- El Tribunal desestima este motivo. Consideramos que la sentencia recurrida es del todo acorde con la doctrina que viene sosteniendo el Tribunal Supremo en los últimos años. Realiza una ponderación de las circunstancias concurrentes y se fija en la LISOS como parámetro inspirador del modo en que ha de indemnizarse el daño moral derivado de las vulneraciones de derechos fundamentales acreditadas. Añadamos a ello que "el importe del resarcimiento fijado prudencialmente por el órgano judicial de instancia únicamente debe ser corregido o suprimido cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable" como hemos advertido en SSTs 440/2016, de 18 mayo; 920/2016, de 2 noviembre; 583/2021, de 27 mayo, entre otras.

VII. Parte dispositiva

-A la vista de los argumentos precedentes, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, desestimamos el recurso de casación interpuesto por la mercantil empleadora. El fracaso del recurso comporta que debamos imponer las costas causadas a la contraparte (art. 235.1 LRJS). No es necesario, pese a lo que sugiere la impugnación al recurso, que concurra mala fe o temeridad procesal para que apliquemos el criterio del vencimiento puesto que tampoco estamos ahora en un proceso sobre conflicto colectivo (art. 235.2 LRJS). Desde luego, la defensa de los propios intereses, aunque se haga sobre bases erróneas o a partir de argumentos inatendibles no comporta que concurra esa circunstancia subjetiva, que podría abrir las puertas a una multa (artículos 235.3, 75.4 y 97.3 LRJS). En el presente caso, desde luego, no concurren esas conductas indeseables.

-Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: 1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por Grupo Kalise, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Losada Quintas. 2º) Confirmar y declarar firme la sentencia nº 380/2021 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Gran Canarias), de 16 de abril de 2021, en autos nº 12/2020, seguidos a instancia de USO Canarias Unión Sindical Obrera (USO CANARIAS) contra dicha recurrente, sobre demanda de Tutela de Derechos Fundamentales. 3º) Condenar a la mercantil recurrente a que satisfaga al sindicato impugnante la cuantía de 1.500 euros en concepto de costas procesales generadas por el presente recurso. 4º) Disponer la pérdida del depósito constituido para recurrir, así como que se dé el destino legal a la consignación efectuada. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

VIII. Pasajes decisivos

Dada la extensión y calidad argumental de esta sentencia son muchos los pasajes decisivos y, por tanto, se impone un carácter muy selectivo.

Respecto al *esquirolaje interno* se hace notar que al conectar el ejercicio del derecho de huelga con el "ius variandi" empresarial y respecto de la sustitución interna de los huelguistas, es claro que tal proceder "constituye un ejercicio abusivo del "ius variandi" empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido "ius variandi" no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo. Por ello, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros. Esa regla general admite dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977), y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977)" (STC 17/2017, de 2 de febrero)

Respecto al *esquirolaje externo* a través de la subcontratación se apunta que todo indica que la actividad hasta el momento de la huelga llevada a cabo por personal propio ha sido asumida por aquellas personas a que se lo ha encomendado la contratista. No hay, propiamente y como en los casos más arriba expuestos, una parcela del proceso productivo que se externaliza sino que son aspectos puntuales del mismo (ciertas rutas de reparto) los que se han encomendado a un tercero sujeto y solo por el tiempo de la huelga. La sentencia no sustenta la vulneración del derecho de huelga en las contrataciones realizadas antes de su inicio, ni en la subcontratación de rutas de reparto con anterioridad a la huelga, como se aduce en el recurso. Por el contrario, la vulneración de dicho derecho se anuda a comportamientos llevados a cabo durante la huelga. Los hechos probados recordados en el apartado inmediatamente precedente, no otros, son el fundamento a partir del cual la sentencia recurrida considera vulnerado el derecho de huelga.

En cuanto a la indemnización por vulneración de derechos fundamentales la STS 768/2017 de 5 octubre (rcud. 2497/2015. Abante Business Process Outsourcing), entre otras, explica que la doctrina de la Sala en orden a la cuestión de que tratamos - indemnización por vulneración de derechos fundamentales- no ha tenido la uniformidad que sería deseable. En atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras la LRJS se considera que la exigible identificación de "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada" ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada.

La STS 267/2023 de 12 abril (rec. 4/2021, Repsol Química), ha señalado que la doble finalidad de la indemnización (resarcitoria, disuasoria) viene siendo realizada por nuestra doctrina más reciente, al tiempo que la necesidad de atender a todas las circunstancias del caso. En tal sentido, por ejemplo, nuestras sentencias 356/2022 de 20 abril (rcud. 2391/2019) y 179/2022 de 23 febrero (rcud. 4322/2019) recalcan la necesidad de atender a las circunstancias de cada caso. La primera de ellas (Viajes Halcón, Pleno) expone que el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Aspectos tales como la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a

impedir la defensa y protección del derecho transgredido, entre otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso, deben constituir elementos a tener en cuenta en orden a la cuantificación de la indemnización.

La sentencia recurrida no está sólidamente argumentada, pues utiliza como parámetros para determinar la indemnización respecto de la vulneración del derecho de huelga, la consideración de la conducta como falta muy grave, el haberse cometido por una gran empresa, que se aprovecha de su propia dimensión para intentar impedir o, por lo menos minimizar, las consecuencias de la huelga utilizando tanto el esquirolaje interno como el externo; y el hecho de que siendo el objeto de la huelga conseguir un pronto inicio del proceso negociador para renovación del convenio colectivo, la empresa dio por finalizada la negociación unilateralmente con su interlocutor legal, y la llevó al inadecuado ámbito de la aprobación asamblearia por toda la plantilla. Y, respecto de la indemnización anudada a la infracción del derecho a la libertad sindical, la sentencia tiene en cuenta su consideración en la LISOS como infracción grave, imponiendo el mínimo de la sanción. Además, la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006, de 24 de julio). Tal criterio, que venimos considerando idóneo y razonable, es el acogido por la sentencia recurrida, sin que apreciemos por lado alguno la indefensión de la que protesta la recurrente.

IX. Comentario

Si se observa con atención en el fondo de todas las cuestiones más relevantes planteadas en esta relevante sentencia destaca la referencia al comportamiento debido que ha de tener el empleador destinatario de una huelga ejercitada legítimamente. Una cuestión que se ha complejizado de manera harto significativa con la expansión de las nuevas tecnologías (señaladamente las tecnología digitales, algoritmos, inteligencia artificial, economía de plataformas) y las técnicas de externalización productiva, especialmente la técnica de la subcontratación productiva y funcional, las cuales ha permitido que los empleadores puedan neutralizar ilegítimamente la necesaria eficacia (en términos de perjuicios razonables que son inherentes al fenómeno huelguístico y a la garantía constitucional de la huelga como derecho fundamental con todas sus consecuencias legítimas en la “cultura del derecho”). Los efectos connaturales al derecho de huelga pueden ser neutralizados y obstaculizados a través del uso de los nuevos poderes directivos y organizativos del empleador. En coexistencia con los supuestos clásicos de manifestación de los fenómenos huelguísticos –y con ellos de nuevas formas de obstrucción al ejercicio del derecho de huelga- se vienen generalizando nuevas formas de huelga como las “huelgas de desconexión” (realizadas por los trabajadores de plataformas digitales) y también los distintos mecanismos de esquirolaje tecnológico, todo ello en el marco de un intenso proceso de innovación tecnológica en una fase histórica de digitalización de las organizaciones productivas (tanto públicas como privadas). La legislación, ni la doctrina jurisprudencial tienen ante sí el desafío de garantizar la efectividad del derecho fundamental de huelga en el contexto en el que la economía y el “sistema de empresas” se encuentran profundamente digitalizados. Es manifiesto que habría que establecer una regulación legal del derecho de huelga que desde el garantismo jurídico propio de un derecho fundamental establezca medidas que adapten su ejercicio a las nuevas tecnología mucho más sofisticadas y muy especialmente predisponga de medios para evitar la obstaculización de su ejercicio legítimo frente a los reforzados poderes empresariales. La llamada a los protagonistas del conflicto es insuficiente, sino las instituciones reguladoras no se adaptan dinámicamente a las transformaciones digitales y a las cambiantes modelos de organización de los procesos productivos. El ordenamiento jurídico –legislación y negociación colectiva- no puede ignorar el potencial destructivo del uso empresarial de las nuevas tecnología para vulnerar los derechos fundamentales.

Interesa resaltar, en relación a ello, que el derecho fundamental de huelga determina una situación jurídica-subjetiva activa y al propio tiempo una situación

jurídica pasiva “refleja”, consistente en la imposición del deber fundamentalmente negativo de respeto y reconocimiento “*erga omnes*” y una posición de especial subordinación en el empleador sobre el cual incide la huelga. La garantía jurisdiccional puede permitir enlazar inicialmente con la segunda vertiente de la situación jurídica compleja creada por el ejercicio del derecho de huelga (posición pasiva “refleja” —o si se prefiere correlativa— de los terceros), toda vez que el derecho de huelga, como derecho fundamental de libertad^[2], impone un genérico deber negativo de respeto y reconocimiento *erga omnes* del derecho. Sobre los que son terceros extraños (en general, no titulares), sean sujetos públicos o privados, recae un deber de abstención y de tolerancia de la esfera de acción consentida a los titulares del derecho subjetivo de huelga. Hasta tal punto es así, que los titulares del mismo ostentan la facultad de exigir en vía de derecho que sean respetados efectivamente^[3].

Esto significa que el derecho de huelga, como especial derecho subjetivo de libertad^[4], hace nacer situaciones jurídico-subjetivas pasivas puramente “reflejas” (ante todo, por lo que tienen de correlativas al ser ejercitado el derecho de huelga); deberes negativos, de no hacer y de tolerar. Este deber de respeto, siendo general, despliega su eficacia frente a todos, y se concreta y especifica sin embargo en el empleador, no sólo por su proximidad a la esfera jurídica protegida por el derecho, sino ante todo por su doble condición de contraparte de la relación laboral (o relación de servicios profesionales del personal funcionario o estatutario) y de titular de la organización productiva en la que se realiza la prestación de trabajo. El empleador asume una posición pasiva y ha de soportar actividades de los titulares del derecho que de otro modo hubiera podido impedir (o responder frente a ellas) de no pesar sobre él un deber negativo anudado (en cuanto correlativo) al derecho subjetivo de huelga, en virtud de la indicación constitucional (art. 28.2 CE) y su “traducción” o concreción legislativa.

El empleador se encuentra, además, en una especial situación jurídica pasiva de subordinación y tolerancia respecto del ejercicio del derecho de libertad (que integra el bien ajeno prevalentemente protegido), porque el ejercicio de ésta incide en su propia esfera jurídica, a diferencia de otros sujetos también ajenos a la titularidad del derecho que no resultan especialmente obligados. En efecto, el empleador debe pasar (en el sentido de soportar y tolerar) por la suspensión voluntaria unilateral de la relación de trabajo o, en su caso, la relación de servicio del personal funcionario o estatutario (art. 18.1 PLOHN)^[5]; le corresponde o incumbe (por encima de alguna obligación positiva instrumental) ante todo un deber general de respeto (*de pati y no facere*), prohibitivo de toda conducta que tienda a privar de efectividad al derecho libertad actuado. Así, ha de estar al efecto suspensivo del ejercicio del derecho de huelga por lo que no puede sancionar al trabajador; se limita su libertad contractual (“libertad civil”) en distintos aspectos: no podrá, en general, sustituir a los huelguistas por otros trabajadores no vinculados a la “empresa” en la fecha de declaración de la huelga (el denominado “esquirolaje externo”); no podrá utilizar las facultades empresariales, respecto de la movilidad funcional o geográfica de los trabajadores, con objeto de limitar o impedir el ejercicio del derecho de huelga (“esquirolaje interno”^[6]), que permite neutralizar los efectos de la huelga; art. 18.1 PLOH); se le prohíbe el “cierre patronal de retorsión” y, en general, la imposición de medidas sancionadoras a los huelguistas en respuesta y por el sólo hecho de su participación en la huelga. Su situación se caracteriza, en definitiva, por un acusado elemento de “negatividad” como correlato del poder jurídico inherente al derecho de huelga de colocar el contrato de trabajo en fase o vicisitud suspensiva^[7].

Teniendo en cuenta este dato jurídico, se puede decir que el empleador se encuentra en una situación jurídica pasiva que reviste una cierta complejidad, ante la yuxtaposición al deber general de respeto (de contenido negativo) que el derecho de huelga impone a todos (en tanto que derecho de libertad) de un deber específico de sometimiento (también de contenido fundamentalmente negativo) que recae en la figura del empleador y que no hace sino intensificar la situación de deber jurídico de

respeto a la esfera jurídica del titular del derecho de huelga. Así, la decisión de los trabajadores de colocarse fuera del contrato de trabajo o facultad de incumplir transitoriamente el mismo adhiriéndose a la convocatoria de huelga tiene un efecto directo en la esfera jurídica del sujeto pasivo (empleador) que debe someterse a las consecuencias jurídicas del poder de voluntad del trabajador (titular del derecho subjetivo de huelga)^[8]. Esta posición pasiva se puede designar correctamente como un unitario deber negativo de respeto y sometimiento. Pero este fenómeno sólo puede ser explicado desde el momento en que el ordenamiento jurídico regula la huelga como derecho subjetivo, lo cual, no sucedería de haberse establecido un marco de libertad de huelga. La Constitución (art. 28.2 CE) no permanece neutral sobre las consecuencias del ejercicio de la libertad y por ello mismo consagra un sistema de derecho de huelga, colocando así en una posición jurídica de ventaja y de inmunidad a los trabajadores que ejercen legítimamente su “derecho a la huelga”.

En este sentido, la situación de especial subordinación del empleador como destinatario de la huelga (en cuanto que el ejercicio del derecho lo constriñe *relacionalmente* a subordinar su interés al ajeno preferentemente protegido por el derecho objetivo) es una consecuencia necesaria del sistema de derecho de huelga que nace del art. 28 CE (y precisamente por ello goza de la garantía del contenido esencial). Al mismo tiempo la proclamación de la huelga como derecho subjetivo de carácter fundamental permite también justificar la producción de tales efectos jurídicos aún en el caso de que el destinatario de la medida de presión no sea el empresario^[9], sino el poder público en cuanto tal (es decir, no como “Estado empleador”), como sucede en la llamada huelga sociopolítica o de “imposición” económico-política. En cuyo caso, el empleador será mero sujeto pasivo de las consecuencias jurídicas inmediatas del ejercicio de la huelga, a pesar de no ser destinatario de la medida de presión y ser así completamente ajeno a la finalidad perseguida con la huelga.

A otros terceros a la titularidad del derecho les incumben también deberes de respeto general a la esfera jurídica de acción consentida por el ordenamiento jurídico a los sujetos titulares del derecho de huelga.

La violación del derecho de huelga puede permitir que se dispare el mecanismo de acción de tutela jurisdiccional a través del procedimiento general (para los derechos y libertades fundamentales en el marco del sistema de relaciones laborales) de protección jurisdiccional de la libertad sindical^[10]. La lesión del derecho fundamental de huelga puede generar una responsabilidad, en la que se plantea el problema del resarcimiento por vulneración del derecho. Junto a estas responsabilidades laborales se incurre en responsabilidad administrativa (art. 23 PLOH; cfr. art. 8.10 LISOS) e incluso se incurría en responsabilidad penal (art. 315 Código Penal)^[11] en supuestos de lesión del derecho de huelga cualificados por su especial gravedad.

La responsabilidad administrativa en que incurre el empleador por vulneración del derecho de huelga (quedando, ahora sí, en una posición de sujeción necesaria), puede suscitar algunos problemas de difícil solución. Precisamente el art. 8.10 LISOS considera infracciones muy graves, “los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento”. Esto impide que se pueda utilizar la facultad empresarial de movilidad geográfica de los trabajadores de otros centros de trabajo para neutralizar los efectos de la huelga en otras unidades productivas de la misma empresa. Con consonancia con el art. 18.3 PLOHN es manifiesta, toda vez que según este proyectado precepto “las facultades empresariales, respecto de la movilidad funcional o geográfica de los trabajadores, no podrán ser utilizadas con el objeto de limitar o impedir el ejercicio del derecho de huelga”. Es fácil comprobar que esta disposición pretendía reforzar la limitación del uso de los poderes empresariales de modificación unilateral de la prestación de trabajo con ocasión de la huelga a fin de impedir la neutralización de sus efectivos lesivos típicos. La solución era matizadamente distinta en el PLOH, art. 27.2, a cuyo tenor “en tanto dure la huelga,

los trabajadores que participen en ella no podrán ser sustituidos por otros trabajadores no vinculados a la empresa en la fecha de declaración de la huelga”.

La norma trataría de impedir que se utilicen ilegítimamente los poderes empresariales de especificación como reacción ante una huelga, evitando o neutralizando sus naturales efectos. En este sentido el Tribunal Constitucional ha considerado ilegítima la sustitución interna de trabajadores huelguistas por personal ya perteneciente a la empresa. Con base a una depurada argumentación entiende el Alto Tribunal que *“la preeminencia de este derecho (de huelga) produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 ET. Ahora bien, el ejercicio de tal facultad cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial”*. En definitiva, añade el tribunal, *“la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el “ius variandi”, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”*^[12].

Sin embargo, el problema que aquí se plantea en el plano jurídico-positivo es que el actualmente vigente art. 6.5 RDLRT es más limitado respecto a la prohibición de estas medidas de “retorsión”. En efecto, según dicha disposición, *“en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento”*. El ámbito objetivo de la movilidad espacial y funcional es mayor: “la empresa”. La doctrina del Tribunal Constitucional no incidió directamente en la conformidad constitucional de este precepto y, por consiguiente, se plantea un problema de contradicción (antinomía, que remite aquí a una incompatibilidad por contradicción) entre el sistema legal vigente de la huelga (RDLRT) y la LISOS, que deberá de ser resuelta conforme a la clásica regla *lex posterior derogat priori* (ley posterior deroga a anterior), haciendo pues primar la regulación de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social sobre el precedente sistema legal. Aunque ciertamente el problema reside en que una norma de estructura “secundaria” (la configuración propia de las normas sancionadoras) es la que acaba desempeñando la función de una “norma primaria”. Existe una “distorsión” de los mecanismos de producción normativa y de las técnicas normativas, pero el desajuste técnico no puede llegar, en este caso, a tanto como para que una ley de normación “secundaria” no pueda afectar a una legislación de normación sustantiva preconstitucional.

El rigorismo formalista de la construcción no puede llegar a tanto como para limitar la libertad de configuración del ejercicio del derecho de huelga por parte del legislador, a pesar de la inadecuación técnica del “marco” (ley instrumental, tipificadora de sanciones; no de regulación sustantiva) en que se sitúa una norma “perfecta o completa” que unifica conducta punible-sanción anudada a la misma. No ha sido este el único caso en el que existe una norma sustantiva incorporada a una ordenación instrumental (“marco jurídico legal”), sea de ordenación sancionatoria, o sea, en otro caso, de carácter adjetiva o procesal.

1.-*Jurisprudencia sobre el esquirolaje interno y tecnológico*. En la jurisprudencia constitucional existente en la que se desarrolla la visión de la huelga como derecho, también se localizan tendencias de jurisprudencia ordinaria que mantiene una visión reductiva de esta medida de presión de ejercicio colectivo por parte de los trabajadores. Es una línea que se alinea con los tiempos vividos de crisis económica y

de reducción de los derechos de los trabajadores al mismo par que se refuerza los poderes empresariales.

En relación con lo anterior, la sustitución interna de trabajadores huelguistas llevada a cabo por trabajadores que se encuentran vinculados a la empresa al tiempo de la comunicación de la huelga, puede constituir un ejercicio abusivo de las facultades directivas empresariales^[13]. Así ocurrirá cuando, sea de forma intencional, o sea de forma objetiva, dicha sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio^[14]. Tampoco cabe amparar esa sustitución de los huelguistas en la potestad directiva de movilidad funcional, teniendo en cuenta que se utilizan trabajadores de otras categorías profesionales^[15]. En el mismo sentido, en un supuesto en el que también se denunciaba la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado, la jurisprudencia establece que la *“sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido ius variandi no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo”*^[16].

Esta sentencia toma partida en el denominado esquirolaje tecnológico recogiendo la diferencia de opiniones que se produjeron en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012^[17], e imponiendo la posición que en la citada sentencia era minoritaria como interpretación constitucional. En efecto, el Alto Tribunal recupera uno de los Votos Particulares^[18], y lo traslada a su propia sentencia constitucional para concluir que el derecho de huelga no puede limitar el uso de medios técnicos de los que habitualmente se dispone en la empresa para mantener la actividad. Esta sentencia versa sobre la sustitución interna de trabajadores huelguistas y la utilización de medios técnicos de uso no habitual para la retransmisión por “Telemadrid” de un partido de fútbol y en la que el Tribunal Constitucional confirma que la utilización de medios ya existentes en la empresa o de procedimientos diferentes a los habituales es compatible con el derecho de huelga. En otros términos, para el Tribunal Constitucional no se vulnera el derecho de huelga cuando se desarrolla un procedimiento diferente al normalmente previsto para retransmitir un partido por televisión ni cuando se utilizan medios técnicos no habituales pero existentes en la empresa^[19].

El Alto Tribunal confirma que exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empleador una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. Por ello, la utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga. Concluye el Tribunal Constitucional confirmando que 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. La sensación con esta sentencia es como si el Tribunal Constitucional estuviera interesado en abrir espacios para el ejercicio incondicionado de los poderes empresariales, aunque afecten a derechos fundamentales garantizados por la propia CE. La tecnología es una realidad de relevancia jurídica que, en sí misma, no constituye una amenaza a los derechos de los trabajadores, aunque tampoco puede considerarse neutra. Es así que será el uso que se haga de la misma por parte de los poderes empresariales los que condicionarán el favorecimiento o limitación de los derechos en función de su disponibilidad.

Es lo cierto que nuestro modelo legal^[20] es obsoleto y no se corresponde con las realidades de las transformaciones económicas y tecnológicas disruptivas, lo cual favorece los poderes del empleador al amparo del principio de libertad de empresa.

STC 17/2017, de 2 de febrero^[21], que ya ha sido seguida por diversa jurisprudencia menor y también por el propio Tribunal Supremo en sentencia de fecha 13 de julio de 2017, sentencia que argumenta que en este supuesto no se ha puesto en marcha una clara acreditación de un *“recurso productivo específico para contrarrestar la huelga”*, sino que, por el contrario, *“ahora opera el sistema habitual de redistribución de tareas”*^[22]. Sentencia del Tribunal Supremo en la que el propio Ministerio Fiscal solicita la aplicación de la STC 17/2017, de 2 de febrero^[23], cuando establece lo siguiente: *“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. El uso por los trabajadores que no secundan el paro de los medios técnicos de los que dispone la empresa no vulnera el citado derecho siempre que aquéllos no realicen funciones que son ajenas a su cargo para sustituir a los huelguistas. La protección constitucional del derecho a la huelga impone limitaciones al empresario, pero no le obliga –ni a él ni a los empleados que deciden ejercer su derecho a trabajar– a contribuir al éxito de la protesta. No puede exigirse al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa, pues ello supone imponerle una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente”*. Por todo ello, resuelve el Tribunal Supremo de la siguiente manera: *“no ha quedado acreditado que las empresas activasen estrategia o tecnología específica para boicotear la huelga. En todo caso, la doctrina de la STC 17/2017 de 2 de febrero (Telemadrid) aleja la sombra de la aludida vulneración”*.

Con todo, esta sentencia viene a admitir el esquirolaje tecnológico mediante la sustitución interna de trabajadores y la utilización de medios técnicos no habituales en jornada de huelga. La doctrina imperante del Tribunal Constitucional puede resumirse así: *ni la Constitución ni la jurisprudencia 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. En definitiva, “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”*.

Por todo lo anterior, concluye el Tribunal Constitucional manifestando que el empresario tiene que soportar inevitablemente un daño como consecuencia de la huelga derivado de la interrupción de la actividad en que la misma consiste, pero sería desproporcionado exigir al empresario 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”*. Además, *“la utilización por parte de los trabajadores no huelguistas de los medios técnicos de los que dispone la empresa del modo en que lo han hecho en el supuesto enjuiciado, sin realizar funciones de una categoría distinta, ha permitido hacer efectiva la libertad de trabajo”*. En consecuencia, *“no ha existido lesión del derecho de huelga. El empresario, en el ejercicio de su poder de organización, ha hecho un ejercicio regular de sus funciones. La emisión del partido fue posible porque en la empresa existían medios técnicos que permitían hacerlo y porque varios trabajadores no secundaron la huelga. Los medios técnicos ya existían –no fueron adquiridos expresamente para*

hacer frente a los efectos de la huelga– y los trabajadores que no secundaron la huelga no realizaron funciones distintas a las que les corresponden"^[24].

Nos encontramos ante un conflicto de poderes/derechos entre el empresario y el trabajador. Por una parte, los trabajadores huelguistas y, por otra, el empresario con su poder de dirección y su *ius variandi*. Vinculando ambos derechos con la propia CE y sus principios constitucionales, es importante valorar la prioridad de uno sobre el otro. En efecto el derecho de huelga, que se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado, en coherencia con la idea del Estado social y democrático de Derecho, es reconocido como derecho fundamental en la propia CE: art. 28.2 CE. Por la otra parte, localizamos el *ius variandi* del empresario y que deriva del derecho de libertad de empresa reconocido en el art. 38 CE, no como derecho fundamental.

Por tanto, es evidente la teórica prevalencia que debe poseer el derecho fundamental a la huelga por parte de los trabajadores que, en la sentencia STC 17/2017, de 2 de febrero, para nada ha tenido el efecto vinculado de anestesiar o de prevalecer sobre el poder de dirección del empresario, éste último utilizado con la única finalidad de minimizar o, como ocurre en este caso, eliminar la presión que ejercen los trabajadores huelguistas.

2.-La huelga en las nuevas formas de trabajo: subcontratación empresarial.

El reemplazo de la empresa autosuficiente con la realización de las tareas por redes productivas de entidades independientes vinculadas entre sí por lazos contractuales (redes de subcontratación) o societarias (grupos de empresas), provoca una serie de situaciones nuevas que afectan directamente al ejercicio del derecho de huelga. Y si sumamos las posibilidades de las nuevas tecnologías con la fragmentación de los servicios en el proceso productivo y externalizado, nos obliga ahora a referirnos al contexto de la descentralización productiva en relación con el ejercicio del derecho de huelga. Marco normativa de la huelga que no está pensado para estas realidades empresariales; pues el referente de la huelga continúa siendo la empresa tradicional. Línea jurisprudencial que también se ha extendido al contexto de conflictos derivados de despidos colectivos en donde la empresa principal subcontrata la actividad de la empresa con otras mercantiles del mismo grupo de empresas^[25]. Específicamente, al hilo de lo anterior, la jurisprudencia ha respondido a estas cuestiones en diversos asuntos jurídicamente complejos y que analizamos detalladamente a continuación.

Para ello debe recordarse el siguiente razonamiento del Tribunal Constitucional: el derecho de huelga, calificado como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional, goza de una singular preeminencia por su más intensa protección. En efecto, la Constitución reconoce, en su art. 37, el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarlo en lugar preferente, el art. 28 CE, confiriéndole –como a todos los de su grupo– una mayor consistencia que se refleja en el mayor rango exigible para la Ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal *ad hoc* en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo (arts. 53, 81 y 161 CE.). Por tanto, *“la preeminencia de este derecho produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores”*^[26].

En cuanto al alcance del derecho de huelga, resulta evidente que se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea de Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) que, entre otras significaciones, tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser

necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos. Conflictos, a su vez, que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí que les puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales. Igualmente lo es también con el derecho reconocido a los sindicatos (art. 7 CE), ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido; y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (art. 9.2 CE)^[27].

Calificada y confirmada la huelga como derecho fundamental, para resolver la cuestión anteriormente planteada, el precepto aplicable al asunto controvertido es, sin duda, el art. 6.5 RDLRT que dispone: *“en tanto dure la huelga el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo”*. La dicción literal del precepto supone, sin esfuerzo interpretativo alguno, que está proscrito que durante la huelga el empresario acuda a la contratación de trabajadores externos para sustituir a los trabajadores huelguistas.

En efecto, no puede el empresario, durante la huelga, poseer una actividad normal: *“puso en marcha todas las expediciones de autobuses de transporte de viajeros programadas, incluso algunos días más, para lo que se valió de los servicios mínimos, donde normalmente empleó a huelguistas, de empleados de otros centros de trabajo y de refuerzos contratados con otros transportistas. Tal actuación violó el derecho de huelga y el de libertad sindical, por cuánto, no es lícito emplear en los servicios mínimos a los huelguistas y a otras personas en atender el resto de los servicios, ni, menos aún, contratar con otras empresas que presten servicios de refuerzo para cubrir aquellos que no se pueden atender”*^[28].

Para ello, en el mismo sentido que la STC 123/1992, de 28 de septiembre^[29], la STC 33/2011, de 28 de mayo^[30], establece lo siguiente: *“diremos, en consecuencia, en la línea que acogimos en aquel pronunciamiento constitucional (en un supuesto en el que también se denunciaba la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado), que la “sustitución interna” de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido ius variandi no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo”*.

Esta línea jurisprudencial sobre el derecho fundamental de la huelga actúa, por ejemplo, respecto a los límites del poder organizativo de la empresa manifestado en la descentralización productiva del trabajo en contratas, responsabilizando así a la empresa principal de la lesión al derecho de huelga que se ha producido por la rescisión de la contrata como consecuencia de una huelga en la empresa contratista.

El Tribunal Constitucional, en el caso *Samoa*, se pronuncia en un supuesto en el que la empresa contratista ha extinguido varios contratos de trabajo consecuencia de la previa rescisión por la empresa principal de la contrata mercantil que le ligaba. Concretamente, y dado el éxito de la huelga, la empresa *Unigel* solicita a la empresa *Samoa Industrial* un incremento en el precio de los servicios contratados; ante tal hecho, *Samoa Industrial* comunica la rescisión del contrato mercantil de prestación de servicios existente entre ambas; por ello, la empresa *Unigel* extingue la relación laboral de veinticuatro de sus trabajadores^[31].

En vía ordinaria, los tribunales de la jurisdicción social vinieron a rechazar que existiera lesión por cuanto la decisión del empresario directo, la empresa contratista, tenía justificación objetiva y razonable como es la extinción de la contrata.

Es evidente que en cualquier supuesto planteado ante los tribunales, en una relación ordinaria y en plena vinculación con la garantía de indemnidad, una decisión empresarial que implicara el despido de unos trabajadores –o la extinción de sus contratos temporales– como represalia por haber planteado ante la Inspección de Trabajo una denuncia por cesión ilegal de mano de obra, o por haber ejercido el derecho fundamental de huelga, habría recibido, sin ninguna duda, la respuesta jurídica de la declaración de nulidad de los despidos y extinciones contractuales por la vulneración de los derechos fundamentales afectados. Sin embargo, *“en el presente caso tal declaración no se ha producido y ello, exclusivamente, por la peculiar relación triangular entre empresa principal, empresa contratista y trabajadores que caracteriza la técnica de la subcontratación”*^[32].

Esta relación de subcontratación determina que quién reacciona frente a los trabajadores entendiéndose dañado por sus acciones no sea el empresario que les despide, sino el titular de la actividad contratada, destinatario último de los servicios prestados por aquéllos. Mientras que quien efectivamente despide a los trabajadores –su empresario en la relación laboral– lo hace determinado por la previa decisión de la empresa principal de rescindir la contrata mercantil, que en las condiciones de conflictividad laboral existentes ha dejado de resultarle útil. En definitiva, el trabajador pierde su empleo como consecuencia del ejercicio de sus derechos fundamentales, efecto que se produce por una decisión empresarial en el marco de su contrato de trabajo, pero determinada por la confluencia de dos voluntades en el marco de un contrato mercantil.

Lo que se discute, por tanto, en este supuesto, no es otra cosa que la determinación de la vigencia y contenido de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de las relaciones laborales en régimen de subcontratación en aquellos supuestos en que la vulneración del derecho fundamental no sea directamente imputable a la empresa titular de la relación laboral, sino a la empresa principal. Empresa principal que contrata con aquélla (empresa titular de los trabajadores) en el marco de una relación mercantil, y que rompe (empresa principal rompe con la empresa titular) como consecuencia del ejercicio de derechos fundamentales por los trabajadores de la empresa titular de los mismos^[33].

Con otras palabras: lo que se discute en este supuesto es si las garantías de indemnidad que la Constitución y la Ley ofrecen a los trabajadores en el ejercicio de sus derechos fundamentales se mantienen o desaparecen en los supuestos de subcontratación laboral.

Lo que es evidente es que cuando se rechaza la existencia de cualquier responsabilidad de las dos empresas afectadas (mercantil principal de la contrata y mercantil titular de los trabajadores), en el fondo se impide la reparación de la vulneración de un derecho fundamental del trabajador. Y a este desamparo se llega, precisamente, *“como consecuencia de lo que constituye la esencia misma de los procesos de subcontratación, esto es la fragmentación de la posición empresarial en la relación de trabajo en dos sujetos, el que asume la posición de empresario directo del trabajador, contratando con éste la prestación de sus servicios, y el que efectivamente recibe éstos, de una manera mediata y merced a contrato mercantil”*. En la práctica si no pudiese otorgarse tutela jurisdiccional ante vulneraciones de derechos fundamentales en supuestos evidentes como éste, *“se originaría una gravísima limitación de las garantías de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de procesos de descentralización empresarial, cuando no directamente a su completa eliminación, lo que resulta constitucionalmente inaceptable”*^[34].

En el caso del derecho de huelga, cuyo ejercicio, por definición, se habrá de proyectar de manera principal sobre la actividad productiva de la empresa principal, a la que la contrata en sí misma sirve, la pretendida irresponsabilidad laboral de la empresa principal (no empresa titular de los trabajadores) respecto de cualquier actuación que pueda desarrollar con la finalidad de impedir, coartar o sancionar el legítimo ejercicio del derecho de huelga, al socaire de su invocada ajenidad a la

relación laboral entre las partes, supondría la práctica común y total eliminación del derecho de huelga en el ámbito de estas relaciones. En efecto, de poco servirían *“las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga si se admitiera que éstas alcancen únicamente al contratista, empresario directo en la relación laboral, y no al empresario principal, que es sobre quien habrán de recaer en última instancia los efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla”*^[35].

El hecho de que no exista en la vigente regulación legal de la subcontratación de obras y servicios previsión alguna que permita garantizar el ejercicio de los derechos de los trabajadores de la contratista respecto de vulneraciones cometidas por la empresa principal, no puede ni debe suponer (con mayor razón cuando de la tutela de los derechos fundamentales se trata) que aparezcan espacios inmunes a la vigencia de los derechos fundamentales, ni resulta admisible que en los procesos de descentralización productiva los trabajadores carezcan *“de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada”*^[36].

A partir de estas consideraciones, la sentencia del Tribunal Constitucional declaró nulos los despidos, remitiendo a los órganos de la jurisdicción ordinaria la determinación de los efectos de esta declaración –y, en concreto, *“si la efectiva readmisión”* de los trabajadores era posible– y la del alcance de la responsabilidad de las dos empresas concernidas en este asunto.

En definitiva, la particularidad del caso *Samoa* consiste en que los trabajadores perdieron su empleo como consecuencia del ejercicio de sus derechos fundamentales y, por tanto, con vulneración del derecho fundamental a la huelga por ser el despido una medida de represión por su ejercicio.

En otros términos: el Tribunal Constitucional considera imprescindible extender al ámbito de las contrataciones y subcontrataciones aquella doctrina, conforme la cual, los derechos de un trabajador pueden ser vulnerados por quien no es su empresario en la relación laboral, pero interviene o interactúa con él en conexión directa con la relación laboral^[37], cuestión que para nada es baladí.

X. Apunte final

La STS-SOC núm. 962/2023, de 8 de noviembre, clarifica los requisitos necesarios para la concurrencia de la vulneración del derecho de huelga y de libertad sindical (información y negociación; derecho a la negociación colectiva). Delimita los elementos tipificadores del esquirolaje interno y externo. Y apreciar los requisitos de la indemnización por daño moral asociado a la vulneración de derechos fundamental.

La jurisprudencia, en la que se inserta esta relevante sentencia, se enmarca en un enfoque garantista que parte de la función conformadora de la Constitución del contenido esencial del derecho fundamental de huelga (artículos 28.2, 53.1 CE y 10.2 CE). En este sentido la jurisprudencia puede actuar para hacer realidad en la experiencia jurídica ese necesario ensamblaje entre Constitución y legislación. En el modelo normativo de derecho de huelga, Constitución y legislación actúan sobre un mismo derecho fundamental, en los términos de una verdadera “colaboración internormativa” en la que cada uno de los “legisladores”, el constituyente y el constituido, tiene asignada su propia función. Esto explica la importancia de la indagación científica y jurisprudencial hacia la búsqueda de aquellos elementos del sistema legal que permiten identificar más adecuadamente ese modelo normativo en el desarrollo histórico del fenómeno huelguístico.

A pesar de la intensa labor del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede sino apreciarse las insuficiencias del “modelo legal”. Se trata en realidad del modelo de regulación en buena parte diseñado por el Tribunal Constitucional ante la ausencia de un desarrollo legislativo satisfactorio de las

previsiones constitucionales. Urge la aprobación de una Ley Orgánica de Huelga, que se acomode al sistema constitucional (artículos 28.2, 53.1 y 81 CE, en relación con los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Norma Fundamental) y afronte dinámicamente (a través de una siempre necesaria interpretación evolutiva) los desafíos que para la garantía de efectividad del derecho de huelga plantean las nuevas formas de empresa y del empleo ante el impacto de la transición digital y la persistencia de poderes reforzados que pueden privar a la huelga.

El modelo actual de regulación jurídica del derecho de huelga se basa en instrumentos normativos típicamente legales, pero con un peso regulador excesivo de la jurisprudencia “normativa” e “interpretativa” del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia ordinaria. Un derecho fundamental en culturas jurídicas garantistas, como las de los países de referencia comparables de la Unión Europea, no puede dejar márgenes tan amplios a la elaboración jurisprudencial, sin un marco idóneo de regulación legislativa. La experiencia confirma la necesidad de promulgar una Ley Orgánica de Huelga *negociada*, para dar satisfactorio cumplimiento al mandato constitucional ex art. 28.2 CE, y asimismo para acomodar la regulación de este derecho fundamental a un sistema democrático evolucionado de relaciones laborales, donde debe tener un importante papel las organizaciones sindicales en la gestión del conflicto, por ellas planteado. Este nuevo marco legal debe aprovechar críticamente (y de forma autorreflexiva por parte del propio legislador) el acervo de doctrina jurisprudencial acumulada –y consolidada– respecto a la delimitación técnica y el sentido político-jurídico del derecho constitucional de huelga. Siendo para ello punto de referencia la doctrina del Tribunal Constitucional (junto a las aportaciones de la doctrina científica), ya que el modelo legal vigente es insuficiente para la garantía constitucional del derecho fundamental de huelga. Una regulación futura del derecho de huelga debería apartarse no sólo de la “filosofía inspiradora” que se ha construido en torno al RDLRT de 1977, sino que también debe ser necesariamente innovadora en numerosos aspectos concretos extraordinariamente relevantes vinculados a las exigencias que imponen las características complejas de nuestra época.

Referencias:

1. ^ ROSS, A.: *Lógica de la normas, edición y estudio preliminar “Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho”* (pp. XI-CXXXVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, pp. 120-121
2. ^ *Fórmula ésta preferible, como se vio, a la de derecho subjetivo de libertad (que es también correcta), porque permite unificar las dimensiones publicistas y privatistas de los derechos subjetivos fundamentales.*
3. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I)”, en *Temas Laborales*, núm. 27 (1993), pp. 21 y ss., espec., pp. 55-63 [“B) Situación jurídico Situación jurídico-subjetiva pasiva “refleja”: El deber fundamentalmente negativo de respeto y reconocimiento “erga omnes” y la posición de especial subordinación del empleador”]. Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L., y ORTEGA LOZANO, P.G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thomsom/Aranzadi, 2019, pp. 237-243.
4. ^ *El Tribunal Constitucional se ha cuidado de precisar que el derecho de huelga es un “especial derecho subjetivo”. Cfr. STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 10 [RTC 1981\11].*

5. [^] Proyecto de Ley Orgánica de Huelga, y de medidas de conflicto colectivo. Texto acordado por el Consejo de Ministros el 14 de mayo de 1992 y aprobado por el Pleno del Senado el 1 de abril de 1993. Continúa siendo un texto de referencia para un futuro modelo de regulación legal del derecho de huelga, aunque ya el tiempo transcurrido exigiría cambios muy significativos. Uno de ellos tiene que ver con su adaptación a las nuevas formas de organización de las empresas y la garantía de su ejercicio frente a los poderes reforzados de los empleadores a través del uso abusivo de las nuevas tecnologías.
6. [^] La huelga comporta, de este modo, una limitación del uso de los poderes empresariales. Véase la STC 123/1992, de 28 de septiembre, fj. 5 [RTC 1992\123]. Sobre este tema y la importantísima doctrina sentada en esta sentencia se volverá sin tardanza.
7. [^] Es bien conocida la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto cuando señala que en un sistema de derecho de huelga, “determinadas medidas de presión de los trabajadores frente a los empresarios son un derecho de aquéllos. Es derecho de los trabajadores colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar a otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa” (STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 9 [RTC 1981\11]). De este modo el “contenido esencial” del derecho de huelga consiste en la “cesación del trabajo” (STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 10 [RTC 1981\11]) y “se concede para que sus titulares puedan desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales” (STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 12 [RTC 1981\11]). Así –para el Tribunal Constitucional– el efecto típico suspensivo forma parte de la garantía del contenido esencial o mínimo del derecho de huelga (cfr. también in fine STC 99/1987, de 11 de junio [RTC 1987\99]). Esto significa que –según interpretación del Alto Tribunal– en la lógica de esta construcción la cláusula del contenido esencial no abarca a aquellas acciones directas de los trabajadores encaminadas a la autotutela de intereses colectivos o generales que no entrañen la suspensión de los contratos de trabajo o relaciones de empleo. Es claro que está también en la lógica de la construcción que el reconocimiento de otras modalidades de huelga puede ser hecho por el legislador del derecho fundamental, formando así parte del “contenido posible” del derecho fundamental de huelga, es decir del “contenido abstracto” de ese derecho y con independencia de su contenido esencial intangible. Se comprobará después que esta ha sido la opción de política legislativa que se proyectó en el art. 2.1 y 5.2 PLOHN, incluyendo en el contenido posible del derecho de huelga otras formas de alteración del normal desarrollo del trabajo distintas a la cesación total o parcial en el trabajo. Especialmente significativo resulta la admisibilidad de las huelgas de celo o reglamento que en ius strictum presuponen justamente la no suspensión del contrato de trabajo (art. 5.2 PLOHN), lo cual, obliga a matizar el genérico y típico efecto suspensivo (que goza además de la garantía del contenido esencial) y que es atribuido sin más de forma indiferenciada como efecto legal del ejercicio del derecho de huelga (art. 18.1 PLOHN). Conviene apuntar que, en el fondo, el efecto más elemental de la huelga como derecho es que su ejercicio no suponga por sí mismo la extinción de la relación laboral o de empleo (STC 99/1987, de 11 de junio [RTC 1987\99]) y de haber prosperado la malograda reforma legislativa se hubiera debido estar a “efectos especiales” anudados a determinadas modalidades de huelga distinta de la tradicional y todavía más frecuentes en la dinámica del sistema de relaciones laborales.

8. [^] STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 9 [RTC 1981\11] y STS 24 de octubre de 1989 [RJ 1989\7422].
9. [^] Sobre las consecuencias político-jurídicas de la fórmula de reconocimiento constitucional como derecho fundamental o derecho público subjetivo o libertad pública de eficacia horizontal, y, en relación a ello, respecto a la función del derecho de huelga en el sistema constitucional, véase las consideraciones realizadas supra. De esa categorización atinente a la estructura y función de la huelga como institución jurídica deriva que los objetivos perseguibles con la misma no se agoten en el círculo limitado de las relaciones laborales y se actúe frente a las políticas públicas de relevancia para los intereses de los trabajadores. La “defensa de sus intereses” (como descriptiva de los intereses tutelables por la acción huelguística) a que hace mención el art. 28.2 CE debe referirse a la doble dimensión del trabajador-ciudadano. La pretensión de escindir y aislar en el Estado social la esfera del ciudadano individual y la esfera del ciudadano social no se corresponde con esa forma de Estado, sino con la propia del Estado liberal. Aquí es importante tener en cuenta que el derecho de huelga es un derecho social fundamental que se concede al “hombre específico” para el desarrollo de su personalidad; siendo así que ese “hombre específico” al que se atribuyen derechos sociales de distinta naturaleza no puede ser equiparado al “hombre aislado” en la consideración del individualismo metodológico (en versión de individualismo posesivo) de la filosofía política del liberalismo, incoherente con el sistema político del Estado social y democrático de derecho establecido por el art. 1.1 de la Constitución. Nótese, por otra parte, que el derecho fundamental de huelga constituye la instrumentación jurídica de una libertad de proyección colectiva, y que ello implica el reconocimiento a su titular de una esfera subjetiva (status subjectionis) englobada en un status socialis que se corresponde con la proyección social propia de las llamadas “libertades colectivas”, es decir, derechos de libertad del individuo en relación con otros individuos. Esto quiere decir, que en su misma configuración constitucional la huelga como derecho de titularidad individual se concibe en un derecho de libertad del individuo aislado. Su dimensión colectiva es innegable y lo que sucede es que no ha prevalecido una concepción orgánica o exclusivamente sindical del derecho de huelga. En otras palabras: no es un derecho general del hombre, sino un derecho social de libertad.
10. [^] La proyección erga omnes del derecho es tomada en consideración en lo relativo a los medios de tutela jurisdiccional. En efecto, el art. 22.1 PLOHN, dejaba sentado que el derecho de acción puede dirigirse contra “cualquier” persona, entidad o corporación pública o privada que se considere que ha realizado una conducta lesiva del derecho de huelga.
11. [^] Disposición derogada, Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril, de derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal. **Conforme a dicho artículo** «Quienes actuando en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, serán castigados con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses».
12. [^] Continúa diciendo el Alto Tribunal que “en tal sentido, atenta al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga, como dijo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de octubre de 1989 (Sala de lo Social) donde se consideró inviable la sustitución de marineros huelguistas por otra tripulación formada con otros trabajadores vinculados a la naviera

mediante contratos anteriores al conflicto, pero de otros buques. En consecuencia, desde la perspectiva de los principios constitucionales más arriba analizados, no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado, sin que pueda ser incluida esta conducta entre las medidas empresariales de conflicto colectivo que legitima el art. 37 de la Constitución". Cfr. STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123].

13. ^ STC 33/2011, de 28 de marzo [RTC 2011\33].
14. ^ STS 18 de marzo de 2016 [RJ 2016\1828].
15. ^ STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123].
16. ^ STC 33/2011, de 28 de marzo [RTC 2011\33].
17. ^ STS 5 de diciembre de 2012 [RJ 2013\1751].
18. ^ El Voto Particular del Magistrado Aurelio Desdentado Bonete.
19. ^ Para mayor abundamiento sobre esta sentencia, vid. MARTÍNEZ MORENO, C.: "El ser o no ser de la huelga, el fútbol y el esquiolaje. A propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero, Caso Telemadrid", en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2017, pp. 894 y ss. PÉREZ REY, J.: "El Tribunal Constitucional ante el esquiolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)", en *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017, pp. 151 y ss.
20. ^ De problemático encaje en la Constitución ex art.28.2, en relación con la garantía multinivel de los derechos fundamentales que se infiere del bloque normativo formado por los artículos 93 a 96, en relación con la imperativa cláusula de apertura constitucional establecida en el art. 10.2 de nuestra Norma Fundamental. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *El derecho huelga* (artículo 28.2 CE), en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M.N. (Dirs): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp.1057-1157.
21. ^ STC 17/2017, de 2 de febrero [RTC 2017\17].
22. ^ STS 13 de julio de 2017 [RJ 2017\4148].
23. ^ STC 17/2017, de 2 de febrero [RTC 2017\17].
24. ^ Esta sentencia tiene un Voto Particular formulado por el Magistrado Ilmo. Sr. Valdés Dal-Ré al que se adhieren la Magistrada Ilma. Sra. Asua Batarrita y el Magistrado Ilmo. Sr. Xiol Ríos, declara que la presente sentencia debió estimar el amparo solicitado por la vulneración –por el Ente Público Radio Televisión Madrid y sus sociedades– del derecho de huelga consagrado en el art. 28.2 CE. Tras una cuidada argumentación concluye que la retransmisión del partido de fútbol de la Champions League efectuada el día el 29 de septiembre de 2010 lesionó el derecho de huelga
25. ^ STS 11 de febrero de 2015 [RJ 2015\1011].
26. ^ STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123].
27. ^ STC 33/2011, de 28 de marzo [RTC 2011\33].
28. ^ STS 25 de enero de 2010 [RJ 2010\3125].
29. ^ STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123].
30. ^ STC 33/2011, de 28 de marzo [RTC 2011\33].
31. ^ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: "El derecho de huelga en el marco de la descentralización empresarial", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 110, 2011, p. 195.
32. ^ STC 75/2010, de 19 de octubre [RTC 2010\75].
33. ^ STC 75/2010, de 19 de octubre [RTC 2010\75].
34. ^ STC 75/2010, de 19 de octubre [RTC 2010\75].
35. ^ STC 75/2010, de 19 de octubre [RTC 2010\75].
36. ^ STC. 75/2010, de 19 de octubre [RTC 2010\75].

37. ^ *ESCRIBANO GUTIÉRREZ. J.: “El derecho de huelga en el marco de la descentralización empresarial”, en Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 110, 2011, p. 201.*

§ 4 Multas por temeridad, también a los sindicatos. Presupuestos y procedimiento para su imposición.

Juan Martínez Moya

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

Resumen: La sentencia laboral puede imponer una multa a cualquier litigante que haya obrado de mala fe o con temeridad, conforme al artículo 97.3 de la LRJS por remisión al artículo 75 de la citada ley, y ello con independencia de que el condenado a su abono, como puede serlo un sindicato, goce del beneficio de justicia gratuita. La sentencia profundiza sobre el procedimiento de imposición, que debe respetar el principio de audiencia, y los presupuestos de razonabilidad, justificación y proporcionalidad de la multa.

Palabras clave: Multa. Mala fe. Temeridad. Sindicato. Justicia gratuita.

Abstract: Les tribunaux du travail peuvent prononcer une amende dans l'arrêt à tout justiciable ayant agi de mauvaise foi ou avec imprudence ou témérité, conformément à l'article 97.3 de la LRJS par référence à l'article 75 de la loi précitée, et ce indépendamment du fait que la personne condamnée, à sa peine soit l'adhésion, comme un syndicat, bénéficie d'une justice gratuite. L'arrêt approfondit la procédure d'imposition, qui doit respecter le principe d'audition, et les hypothèses de caractère raisonnable, justification et de proportionnalité de l'amende.

Keywords: Amende. Mauvaise foi. Témérité. Syndicat. Justice gratuite.

I. Introducción

La sentencia del TS (Social) de 8 de noviembre de 2023, rec casación 308/2021, confirma un pronunciamiento judicial de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que impuso una multa por temeridad -600 euros- a un sindicato que dedujo demanda por tutela de derechos fundamentales frente a una empresa. El Tribunal de instancia advirtió durante el acto de juicio a dicha parte demandante, la posibilidad de que pudiese ser condenada por temeridad. El Ministerio Fiscal, en su informe, también adujo que la conducta procesal del sindicato demandante “rayaba en la temeridad”.

El artículo 97.3 LRJS – que recientemente ha sido objeto de modificación por Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre^[1]– otorga una facultad de sancionar al juzgador o la juzgadora -revisable, en general, en sede de recurso- que se refiere tanto al litigante que obró de mala fe o con temeridad, como al litigante que no acudió al acto de conciliación injustificadamente. Esta facultad se concreta en la posibilidad de imponer una sanción pecuniaria dentro de los límites que se fijan en el apartado 4 del artículo 75 LRJS.

Esta norma sigue suscitando problemas de interpretación y de aplicación práctica: tanto con relación a sus presupuestos de fondo (razonabilidad, justificación y

proporcionalidad); a los requisitos formales (audiencia previa); al alcance del control, vía recurso, sobre su concesión, al tratarse de un pronunciamiento accesorio, pues no siempre es cabe la revisión por vía de recurso.

El caso que contempla la sentencia de instancia aclara dos de ellos: (1º) la multa por temeridad nada tiene que ver con las costas, por lo que ninguna incidencia tiene que el sindicato sea beneficiario de justicia gratuita; y (2º) la imposición de las anteriores medidas se efectuará, según indica el propio artículo 97.3, a solicitud de parte o de oficio, previa audiencia en el acto de la vista de las partes personadas. Recordemos que la LRJS – y antes la Ley de Procedimiento Laboral- es el único texto procesal que prevé la posibilidad de imponer una multa en la sentencia cuando el juzgador aprecie que alguna de las partes ha infringido el principio de la buena fe procesal^[2].

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 964/2023, de 8 de noviembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 308/2021.

ECLI:ES:TS:2023:4910

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El contexto litigioso

Un sindicato presenta demanda contra una empresa solicitando que se declare que ha existido una vulneración del derecho a la libertad sindical al alegar que la empresa le había denegado el crédito horario y había vulnerado su libertad para designar trabajadores al objeto de participar en la preparación de una mesa electoral en unas elecciones sindicales como representantes del sindicato. Solicitaba asimismo la condena al empresario, con carácter adicional, de una indemnización de 6.250 euros en concepto de daño moral producido.

La empresa se opuso a dicha pretensión alegando que el sindicato le comunicó en su momento el nombre de un trabajador que asistiría a la actividad a los efectos del crédito horario. Después, la empresa, el sindicato notificó a la empresa que, para la constitución y elaboración de la mesa electoral de las elecciones sindicales a realizar, acudirían otros dos trabajadores.

Quedó acreditado que la empresa no se negó a en ningún momento a que el sindicato hiciera uso del crédito sindical, sino que tan solo se limitó a hacerle saber que el trabajador designado a tal efecto era el que primero designó el sindicato. Sin embargo, fueron los dos trabajadores designados con posterioridad los que asistieron a las elecciones. Ambos disfrutaron de permiso retribuido y percibieron íntegramente las retribuciones del mes de marzo.

No obstante lo anterior, el Tribunal, durante la vista, advirtió el órgano judicial advirtió al sindicato demandante de la posibilidad de ser condenado por temeridad. El Ministerio Fiscal en su informe, solicitó la desestimación de la demanda y la imposición de una sanción por temeridad a sindicato demandante al amparo del *artículo 75.4 LRJS*.

El sindicato sostuvo la demanda invocando la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical.

2. Marco procesal

Ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional

La sentencia dictada por este Tribunal desestimó la demanda, absolvió de la pretensión de tutela de derechos fundamentales a la empresa demandada, y en línea con lo informado por el Ministerio Fiscal, impuso al sindicato demandante una sanción por temeridad de 600 euros.

Ante el Tribunal Supremo (recurso de casación ordinario)

El recurso de casación interpuesto por el sindicato demandante articula tres diferentes motivos. En ninguno de ellos discute el fondo del asunto. Tan solo cuestiona: (i) en el primer motivo, diversos aspectos formales - un alegato de indefensión, muy genérico e impreciso, por falta de traslado de determinados documentos que la empresa aportó vía Lex-net -, que el TS precisamente por su falta de precisión, rechaza que se haya producido una situación de indefensión ; (ii) y el segundo y tercer motivo tienen que ver con la discusión sobre la multa que le ha sido impuesta. Y lo hace, haciendo valer que el sindicato goza del beneficio de justicia gratuita y no puede ser condenado al pago de costas; y después, en el tercer motivo, denunciando infracción del art. 97.3 LRJS.

IV. Posición de las partes

(1) *El sindicato*: como parte demandante: solicitó en demanda la vulneración de derechos fundamentales y una indemnización por daño moral contra la empresa. Como parte recurrente, fundamente combatió la condena al pago de la multa por temeridad.

(2) *La empresa*: como *parte demandada*: se opuso a la demanda. Como *parte recurrida*, se opuso a todos los motivos del recurso, e interesó asimismo la imposición al sindicato recurrente de una multa por temeridad en casación

(3) El *Ministerio Fiscal* solicitó en instancia la desestimación de la demanda y la imposición de una sanción por temeridad a sindicato demandante al amparo del artículo 75.4 LRJS . En el recurso de casación ha informado en favor de su íntegra desestimación, con confirmación de la multa.

V. Normativa aplicable al caso

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

Artículo 75.4:

"Todos deberán ajustarse en sus actuaciones en el proceso a las reglas de la buena fe. De vulnerarse éstas, así como en caso de formulación de pretensiones temerarias, sin perjuicio de lo dispuesto en el número anterior, el juez o tribunal podrá imponer mediante auto, en pieza separada, de forma motivada y respetando el principio de proporcionalidad, ponderando las circunstancias del hecho, la capacidad económica y los perjuicios causados al proceso y a otros intervinientes o a terceros, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la cuantía de la tercera parte del litigio...De apreciarse temeridad o mala fe en la sentencia o en la resolución de los recursos de suplicación o casación, se estará a lo dispuesto en sus reglas respectivas".

Artículo 97 -versión anterior al RD-ley 6/2023, de 19 de diciembre-

"3. La sentencia, motivadamente, podrá imponer al litigante que obró de mala fe o con temeridad, así como al que no acudió al acto de conciliación injustificadamente, una sanción pecuniaria dentro de los límites que se fijan en el apartado 4 del art. 75. En tales casos, y cuando el condenado fuera el empresario, deberá abonar también

los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hubieren intervenido, hasta el límite de seiscientos euros".

*Esta es versión del precepto que se aplica en el caso. La nueva redacción de este apartado en virtud del citado RD-ley, sobre la que repararemos en el comentario, no afecta al núcleo de la cuestión planteada.

VI. Doctrina básica

* La sentencia laboral puede imponer una multa a cualquier litigante que haya obrado de mala fe o con temeridad, conforme al artículo 97.3 de la LRJS por remisión al artículo 75 de la citada ley, y ello con independencia de que el condenado a su abono, como puede serlo un sindicato, goce del beneficio de justicia gratuita. A lo que no pueden ser condenados los sindicatos es al pago de costas cuando actúan en defensa de los intereses sindicales que le son propios, situación que nada tiene que ver con el incumplimiento de los deberes de buena fe procesal que alcanzan a todas las partes en un litigio (artículo 75 LRJS en relación con el *art. 235 del mismo texto legal*).

*La única relevancia que a estos efectos puede desplegar el hecho de que el sindicato goce del beneficio de justicia gratuita, es la de que no se le podría condenar, en su caso, al abono de los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria.

*En cuanto al procedimiento de imposición de la multa debe respetarse siempre el principio de audiencia. En este sentido, no cabe alegar indefensión:

(i) En el caso de que el órgano judicial haya advertido al litigante, en cualquier momento del acto de la vista, la posibilidad de ser condenado por temeridad. De este modo queda garantizado que el litigante pueda ser oído al respecto y exponer los argumentos que considere oportunos para oponerse a la imposición de la multa por temeridad.

(ii) Ni tampoco en vía de recurso, puesto que, al haberse impuesto la multa en sentencia, el litigante condenado dispone también de la oportunidad de reiterar y completar esas alegaciones en el recurso de casación.

*En cuanto a los presupuestos de fondo, más allá de la cierta discrecionalidad de la que dispone el órgano judicial para la imposición de la multa, han de concurrir las notas de razonabilidad, justificación y proporcionalidad de la multa impuesta, puesto que el sustrato básico imprescindible para la imposición de la sanción pecuniaria es que se hayan ejercitado pretensiones totalmente infundadas, con conocimiento de su injusticia.

*Constituye conducta contraria a la buena fe procesal que un sindicato mantenga su demanda de tutela por vulneración de la libertad sindical en un caso en el que, en el acto de la vista, quedan incontestablemente desvirtuados los hechos en que amparaba su demanda al quedar acreditado que la empresa no había negado en ningún momento el crédito horario y había concedido los permisos retribuidos a los trabajadores designados por la empresa, pese a que antelación había comunicado que sería otro el trabajador; y ante este hecho incontestable de que no se había producido vulneración de la libertad sindical, el órgano judicial advierte al sindicato demandante que de mantener su demanda y no desistir podría imponerle una multa por temeridad, a lo que hizo caso omiso sin alegar tampoco las razones que de alguna forma pudieran avalar mínimamente su actuación. Ante esta situación, resulta perfectamente razonable, justificada y proporcionada la multa por temeridad que el órgano judicial ha impuesto al sindicato demandante, como pronunciamiento accesorio, tras desestimar íntegramente su demanda.

VII. Parte dispositiva

**Pronunciamiento principal:* la Sala IV del TS confirma la multa por temeridad impuesta en la sentencia recurrida al sindicato demandante. De ahí que desestime el recurso de casación interpuesto por el sindicato Alternativa Sindical de Trabajadores de Seguridad Privada, contra la *sentencia dictada el 2 de julio de 2021 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en demanda en materia de vulneración del derecho fundamental de libertad sindical núm. 96/2021*, seguida a su instancia contra la empresa L. S. S.A., para confirmarla y declarar su firmeza.

**Pronunciamientos accesorios:* no hace pronunciamiento sobre las costas del recurso de casación, al rechazar la petición de la empresa recurrida para que se impusiera al sindicato recurrente multa por temeridad en casación, en atención al evidente interés que le ampara para postular que se deje sin efecto la que le ha sido impuesta por el órgano judicial de instancia y justifica la interposición del recurso.

VIII. Pasajes decisivos

Fundamentos jurídicos:

Segundo.- 1.- [...] “Es verdad que los sindicatos gozan del beneficio de justicia gratuita y no pueden ser condenados al pago de costas cuando actúan en defensa de los intereses sindicales que le son propios, como es el caso de autos, pero esa circunstancia no tiene nada que ver con la problemática jurídica suscitada en el presente asunto.

Aquí no se le han impuesto al sindicato las costas del proceso con base al *art. 235 LRJS* cuya infracción se denuncia -que únicamente es aplicable en fase de recurso de suplicación o casación, que no en el procedimiento ante el órgano judicial de instancia-, sino la multa que contempla el *art. 97.3 LRJS*.

Multa a la que puede ser condenado cualquier litigante que obre de mala fe o con temeridad, con independencia de que goce del beneficio de justicia gratuita, por lo que ninguna incidencia tiene esa cuestión en la resolución del asunto. (...)”

Tercero.- 1.- [...] En el presente asunto la multa por temeridad se ha impuesto directamente en la sentencia y en cuantía de 600 euros, dentro de la zona mínima de ese superior margen que permite el antedicho precepto.

2.- Como recuerda a este respecto la *STS 126/2022, de 8 de febrero (rec. 56/2020)*, “La sanción pecuniaria por temeridad constituye, desde cualquier punto de vista, una cualidad accesoria respecto al fondo del asunto, como hemos mantenido en *SSTS 20/2018 de 16 enero (rcud. 969/2016)* y *173/2021 de 30 noviembre (rcud. 1793/2019)*, entendiéndose el adjetivo accesorio como algo secundario, según el diccionario de la RAE, que depende del principal, o que se le une por accidente. Las *SSTS 4 octubre 2001 (rcud. 4477/2000)*, *27 Junio 2005 (rec. 168/2004)* y *15 febrero 2012 (rec. 67/2011)*, entre otras, explican que el precepto procesal (actual *art. 97.3 LRJS*) “concede una cierta discrecionalidad para la imposición de la sanción, pero no cabe duda de que el sustrato básico imprescindible es que se ejerciten pretensiones totalmente infundadas, con conocimiento de su injusticia”. [...]

3.- En aplicación de esos mismos parámetros debemos confirmar la multa por temeridad en los términos que ha sido impuesta.

En primer lugar, y como así se dice en el cuarto de los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, el órgano judicial advirtió a la parte demandante de la posibilidad de ser condenada por temeridad, lo que permitió a la recurrente ser oída al respecto y exponer los argumentos que considerase oportunos para oponerse a la imposición de la multa por temeridad. No se le ha privado por lo tanto del derecho de audiencia, y ha tenido la posibilidad de invocar las alegaciones que tuviere por conveniente en defensa de sus intereses.

Y puesto que la multa le ha sido impuesta en sentencia, ha dispuesto asimismo de la oportunidad de reiterar y completar esas alegaciones en el recurso de casación, por lo que no ha sufrido ningún tipo de indefensión en tal sentido.

4.- En lo que se refiere a la razonabilidad, justificación y proporcionalidad de la multa impuesta, más allá de esa cierta discrecionalidad de la que dispone el órgano judicial, baste decir que en este asunto concurren sin duda los presupuestos legales que la autorizan.

Como bien se explica en los hechos probados y es del todo incontrovertido, el sindicato demandante comunicó a la empresa el 16 de enero de 2021, que el trabajador D. Adriano será quien hará uso del crédito sindical que a esa organización le corresponde conforme al *art. 78 del CC*.

El 18 de febrero, el sindicato notifica a la empresa que, para la constitución y elaboración de la mesa electoral de las elecciones sindicales a realizar, acudirían los trabajadores D^a Aurelia y D. Celso.

La empresa no se niega en ningún momento a que el sindicato haga uso del crédito sindical, sino que tan solo le hace saber que el trabajador designado a tal efecto era D. Adriano.

D^a Aurelia y D. Celso, asistieron a las elecciones, disfrutaron de permiso retribuido y percibieron íntegramente las retribuciones del mes de marzo.

En esas circunstancias el sindicato interpone la demanda en la que imputa a la empresa la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical y solicita una indemnización de 600 euros.

5.- En atención a lo expuesto, resulta perfectamente razonable, justificada y proporcionada la multa por temeridad que el órgano judicial ha impuesto al sindicato demandante, tras advertirle previamente de dicha posibilidad y mantener el demandante sus postulados sin desistir de la demanda, ni alegar tampoco las razones que de alguna forma pudieren avalar mínimamente su actuación.

Tampoco en el recurso se ofrece ninguna clase de argumento que pudiese conducir a dejar sin efecto la multa, más allá de esas cuestiones formales que se han expuesto en el recurso y a las que ya hemos dado respuesta.”

IX. Comentario

1. El régimen del artículo 97.3 LRJS (RD-ley 6/2023, 19 de diciembre)

En el proceso laboral en instancia no existe propiamente condena en costas. No existe norma expresa, lo que podría dar cabida a la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil – cuestión muy compleja –. El apartado 2 del artículo 394 pone sobre la pista cuando justifica su imposición si “hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad”. Sin embargo, las costas en los recursos laborales-suplicación y casación- contemplan únicamente el criterio objetivo del vencimiento (artículo 235 LRJS).

La LRJS, como hacía también sus predecesoras, permite que el juez o tribunal social pueda apreciar temeridad o mala fe respecto de algunas de las partes e imponerle una sanción económica.

Y lo hace en el artículo 97.3 de la LRJS, cuya versión se ha visto modificada por el RD-ley 6/2023, de 19 de diciembre, que seguidamente transcribimos, pero, dicho sea de paso, no afecta al núcleo de la cuestión que aquí examinamos.

“3. La sentencia, motivadamente, podrá imponer una sanción pecuniaria, dentro de los límites que se fijan en el apartado 4 del artículo 75, al litigante que no acudió injustificadamente al acto de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente o a mediación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 83.3, así

como al litigante que obró de mala fe o con temeridad. También motivadamente podrá imponer una sanción pecuniaria cuando la sentencia condenatoria coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación. En tales casos, y cuando el condenado fuera el empresario, deberá abonar también los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hubieren intervenido, hasta el límite de seiscientos euros.

La imposición de las anteriores medidas se efectuará a solicitud de parte o de oficio, previa audiencia en el acto de la vista de las partes personadas. De considerarse de oficio la posibilidad de imponer la sanción pecuniaria una vez concluido el acto de juicio, se concederá a las partes un término de dos días para que puedan formular alegaciones escritas. En el caso de incomparecencia a los actos de conciliación o de mediación, incluida la conciliación ante el letrado de la Administración de Justicia, sin causa justificada, se aplicarán por el juez, la jueza o el tribunal las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 66.”

La novedad legal no afecta al supuesto que examinamos (la pretensión temeraria). Con todo, no está de más poner de manifiesto que con el nuevo texto: a) se matiza el supuesto de incomparecencia injustificada al acto de conciliación -que ya estaba en la norma- con la expresión del lugar “ante el servicio administrativo correspondiente” “o a mediación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 83.3”; b) se agrega un nuevo supuesto que justificaría la imposición de la multa por criterios objetivos cuando dispone que “[T]ambién motivadamente podrá imponer una sanción pecuniaria cuando la sentencia condenatoria coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación”; c) introducen correcciones aclaratorias de estilo al sustituir la expresión “la posibilidad de dicho pronunciamiento” por “la posibilidad de imponer la sanción pecuniaria” en los casos en que se considere “de oficio la posibilidad” de su imposición una vez concluido el acto de juicio; y d) de lenguaje inclusivo, al referirse al la figura del LAJ o del Juez.

2. Costas y multas: un complejo régimen entreverado en el proceso social

Los conceptos de costas y multas en el proceso laboral presentan algunas similitudes, pero hay notables diferencias en su régimen jurídico. Esa confusión en su juego aplicativo se advierte en el propio régimen regulador de la imposición de multas cuando en el artículo 97.3, en el primer párrafo como inciso último expresa: “En tales casos, y cuando el condenado fuera el empresario, deberá abonar también los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hubieren intervenido, hasta el límite de seiscientos euros.”

Esta confusión está presente en el recurso examinado por la sentencia del TS (Social) de 8 de noviembre de 2023, rec casación 308/2021 objeto de este comentario. Como se indica en la fundamentación jurídica, al resolver el segundo de los motivos de casación, “aquí no se le han impuesto al sindicato las costas del proceso con base al *art. 235 LRJS* cuya infracción se denuncia -que únicamente es aplicable en fase de recurso de suplicación o casación, que no en el procedimiento ante el órgano judicial de instancia-, sino la multa que contempla el *art. 97.3 LRJS*.” Y esa a esa multa “puede ser condenado cualquier litigante que obre de mala fe o con temeridad, con independencia de que goce del beneficio de justicia gratuita (...)” Y “la única relevancia que a estos efectos puede desplegar el hecho de que el sindicato goce del beneficio de justicia gratuita, es la de que no se le podría condenar, en su caso, al abono de los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria”, “lo que tampoco es el supuesto de autos, en el que la sentencia de instancia se ha limitado tan solo a imponerle una multa de 600 euros por temeridad”.

3. La jurisprudencia social sobre el artículo 97.3 LRJS

La sentencia comentada consolida criterios jurisprudenciales sobre la interpretación y aplicación del artículo 97.3 LRJS. En este sentido, la sentencia del TS (Social) de 8 de febrero de 2022^[3], retomando sus propios precedentes, sintetiza su doctrina señalando:

-Que el artículo 97.3 LRJS dispone que "La sentencia, motivadamente, podrá imponer al litigante que obró de mala fe o con temeridad, así como al que no acudió al acto de conciliación injustificadamente, una sanción pecuniaria dentro de los límites que se fijan en el apartado 4 del artículo 75".

-Que la norma remitida (75.4 LRJS) dispone que "en caso de formulación de pretensiones temerarias, sin perjuicio de lo dispuesto en el número anterior, el juez o tribunal podrá imponer mediante auto, en pieza separada, de forma motivada y respetando el principio de proporcionalidad, ponderando las circunstancias del hecho, la capacidad económica y los perjuicios causados al proceso y a otros intervinientes o a terceros, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la cuantía de la tercera parte del litigio".

- Que la sanción pecuniaria por temeridad constituye, desde cualquier punto de vista, una cualidad accesorio respecto al fondo del asunto^[4], entendiéndose el adjetivo accesorio como algo secundario, según el diccionario de la RAE, que depende del principal, o que se le une por accidente. Ello incide en el sistema de recursos, puesto que la jurisprudencia se ha encargado de señalar que no cabe suplicación en los casos para revisar la sanción en un proceso en el que la reclamación principal era inferior a 3000 euros.^[5]

- Que el precepto procesal "concede una cierta discrecionalidad para la imposición de la sanción, pero no cabe duda de que el sustrato básico imprescindible es que se ejerciten pretensiones totalmente infundadas, con conocimiento de su injusticia"^[6].

4. Las notas novedosas aportadas por la sentencia del TS (Social) de 8 de noviembre de 2023, rec casación 308/2021

La sentencia comentada arroja luces y claves interpretativas seguras en tres ámbitos:

(a) *En el procedimiento de imposición de la multa.* Interpreta esas mínimas reglas de procedimiento que refieren a respetar el principio de audiencia cuando la posibilidad, de oficio o a instancia de parte, se considera la posibilidad de imponer la sanción si todavía se está celebrando la vista. El tema es clave en orden a que prospere una eventual queja por indefensión. Recordemos que en el caso examinado la sanción se impuso en la sentencia, pero el tribunal concedió, durante la vista, audiencia al sindicato demandante tras advertirle la posibilidad de ser condenada por temeridad. De este modo queda garantizado que el litigante pueda ser oído al respecto y exponer los argumentos que considere oportunos para oponerse a la imposición de la multa por temeridad. Y la sentencia de casación va más allá en la cautela para preservar el principio de audiencia cuando señala que ni tampoco en vía de recurso se produce, puesto que, al haberse impuesto la multa en sentencia, el litigante condenado dispone también de la oportunidad de reiterar y completar esas alegaciones en el recurso de casación.

(b) *En la determinación de los supuestos de temeridad* que, en el caso, se asimila a una querer sostener una pretensión totalmente infundada, con conocimiento de su injusticia irrazonable. Ciertamente es que la norma habla de "mala fe" o "con temeridad". Son dos conceptos jurídicos indeterminados, en función del grado de culpabilidad de la parte. La mala fe muestra más cargas de subjetividad en la conducta (plena consciencia de la absoluta inconsistencia jurídica de la postura mantenida en el proceso) y el de notoriedad, muestra una naturaleza objetiva, al identificarse con el desconocimiento de la completa falta de fundamento de la conducta atendible y desconocedora razonable, justificada y proporcionada concepto indeterminado que se asimila al desconocimiento de la completa falta de fundamento atendible de su conducta por ausencia inexcusable de la diligencia más elemental, siendo manifiesto, evidente, patente u obvio.^[7] por ausencia inexcusable de la diligencia más elemental.

(c) En los parámetros de valoración - razonable, justificada y proporcionada - para considerar adecuada la sanción pecuniaria impuesta.

X. Apunte final

El contenido de esta sentencia proyecta varios escenarios de reflexión:

(a) *El del singular encaje que tiene el régimen de costas en el proceso laboral y la tensión que se produce con el relevante ámbito subjetivo del beneficio de justicia gratuita.* Primero porque las normas procesales del orden social contienen una formulación más generosa que la general y extienden la dispensación de costas a quienes poseen tal beneficio.^[8] Y en segundo término, porque ley procesal laboral no puede en buena medida se debe a que la Ley procesal laboral no puede prescindir de la naturaleza compensadora e igualadora de las propias normas laborales.^[9]

(b) *La convivencia en la LRJS de un complejo sistema que permite sancionar conductas procesales que atenten a la buena fe procesal.* Específicamente, por una parte, está el artículo 97.3 LRJS, que faculta al órgano judicial para sancionar – de oficio o a instancia de parte- conductas procesales de los litigantes, en la sentencia, siempre que se garantice la previa audiencia de las partes. Ahora bien, la complejidad se produce con la remisión a algunas de las reglas del artículo 75 LRJS, y en particular al apartado 4 del mismo, sobre deberes procesales de las partes, y, en particular, el respeto a las reglas de la buena fe, que conduce a un sistema de control vía Sala de Gobierno, cuyo acuerdo tiene naturaleza jurisdiccional, estando vedada la impugnación por la vía de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio del cauce del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (STS -SCont-adtvo- 9 de enero de 2002). Este artículo 75.4 LRJS reproduce, en esencial el procedimiento de imposiciones de sanciones contenido en la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 552 y ss.). Por otra parte, esa posibilidad de imposiciones de sanciones se extiende durante los recursos (en suplicación, artículo 204.2 y en casación, en el artículo 217.2).

(c) *Que el sistema de multas por “uso manifiestamente indebido de la jurisdicción” resulta insatisfactorio e incompleto,* lo refleja los tímidos intentos del legislador para poner barreras razonables en estos casos. Así sucede con el nuevo supuesto que introduce el RD-Ley 6/2023, de 19 de diciembre que justificaría la imposición de la multa por criterios objetivos cuando dispone que “[T]ambién motivadamente podrá imponer una sanción pecuniaria cuando la sentencia condenatoria coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación”.

(d) Finalmente, *en una dimensión filosófica, la sentencia ayuda a interpretar en el caso concreto los denominados conceptos válvula o indeterminados que gravitan en torno al principio general de la buena fe en el proceso.* En terminología clásica empleada por Franz Wieacker, la sentencia comentada rellena con contenidos tangibles, como factores orientadores (“el sentimiento del Derecho”, la “utilidad”, “la naturaleza de las cosas” y la “aequitas”) la traducción práctica del principio general de la buena fe^[10].

Referencias:

1. ^ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Constitución, el Congreso de los Diputados, en su sesión de 12 de enero de 2024, acordó convalidar el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, publicado en el «Boletín

- Oficial del Estado» número 303, de 20 de diciembre de 2023. Cfr. BOE 12 de enero de 2024.
2. ^ PICÓ I JUNOY, JOAN, *El principio de buena fe procesal*. Bosch editor. Segunda edición 2013, pág. 305
 3. ^ ECLI:ES:TS:2022:429
 4. ^ Sentencias TS (Social) 20/2018, 16 de enero recud 969/2016 y 1173/2021, de 30 de noviembre recud 1793/2019
 5. ^ Sentencia TS (Social) 30 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4546)
 6. ^ Sentencias TS (Social) 4 de octubre de 2001 recud 4477/2000, 27 de junio 2005 rec 168/2004 y 15 de febrero 2012 rec 67/2012
 7. ^ PICÓ I JUNOY, JOAN, *El principio de buena fe procesal*. Bosch editor op. cit., pág.348
 8. ^ SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN. Las costas procesales de los servicios públicos de salud. en *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*. VV.AA. Dir. Antonio V. Sempere Navarro. Coord. Yolanda Cano Galán. *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. 12. Agencia Estatal BOE. Madrid, 2021 Pág. 729
 9. ^ RODRIGUEZ ESCANCIANO, SUSANA. *Deficiencias del proceso social y claves para su reforma*. Marcial Pons. Universidad de León, 2011. Citando sentencias Tribunal Constitucional 3,78,109 y 114/1983, de 25 de enero, de 4 de octubre, de 6 de noviembre y de 31 de mayo; y en la doctrina A. MONTOYA MELGAR, *Los procesos laborales y el sistema de Derecho del Trabajo*, REDT, núm. 25,1986, pág.26
 10. ^ WIEACKER, FRANZ. *El principio general de la buena fe*. Biblioteca de Filosofía del Derecho. Colección Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Ediciones Olejnik 2019. Argentina. Págs. 31 y 32.

§ 5 Disfrute acumulado del permiso por lactancia, trabajo a tiempo parcial y no discriminación.

Faustino Cavas Martínez

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

Resumen: Para determinar la duración del permiso por lactancia cuando este se acumula en jornadas completas, se ha de dividir el número total de días laborables que restan hasta la fecha en la que el menor cumple los nueve meses -o la mayor edad que, en su caso, pueda fijar el convenio colectivo-, por el número de horas de trabajo que integran la jornada diaria de la persona trabajadora, aunque de esta fórmula resulte, para quienes trabajan a tiempo parcial, mayor número de días laborales acumulados de permiso retribuido que para las personas que trabajan a tiempo completo.

Palabras clave: Permiso por lactancia. Acumulación en jornadas completas. Principio de igualdad de trato. Trabajo a tiempo parcial. Conciliación de la vida laboral y familiar.

Abstract: To determine the duration of the breastfeeding leave when it is accumulated into full days, the total number of working days remaining until the date on which the child turns nine months old - or the highest age, if applicable, established by the collective agreement - must be divided by the number of working hours that make up the daily working day of the worker, even if the result of this operation is a higher number of accumulated work days of paid leave for people who work part-time than for people who work full time.

Keywords: Breastfeeding leave. Accumulation in full days. Principle of equal treatment. Part-time work. Reconciliation of work and family life.

I. Introducción

La aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación entre las personas que trabajan a tiempo parcial y las que lo hacen a jornada completa debe garantizarse en todo caso, aunque, paradójicamente, en algunos supuestos la solución obtenida aparente ser más favorable para quienes trabajan a tiempo parcial. Así ocurre cuando procede cuantificar el número total de días laborables de permiso por lactancia que la empresa ha de reconocer y retribuir cuando la persona trabajadora se acoge a la modalidad de disfrute en jornadas completas, resultando un mayor número de jornadas de libranza acumulada para quienes trabajan a tiempo parcial. Se trata, en realidad, de un trampantojo jurídico, un espejismo, pues con la fórmula acuñada por la jurisprudencia, como se explica en la decisión que es objeto de comentario en estas páginas, no resultan más favorecidas las personas que trabajan a tiempo parcial ya que el número total de horas de permiso por lactancia es el mismo para ambas categorías de trabajadores, a tiempo completo y a tiempo parcial.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 986/2023, de 21 de noviembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCU. núm. 2978/2022.

ECLI:ES:TS:2023:5160.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La Sala Cuarta del TS afronta la resolución del recurso de casación para la unificación de doctrina, promovido por la parte empresarial contra la sentencia dictada el 17 de febrero de 2022, por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Sevilla, en el recurso de suplicación núm. 4619/2021, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Córdoba, de fecha 28 de julio de 2021, recaída en proceso sobre conflicto colectivo.

La cuestión de fondo a dirimir es la determinación de cómo debe calcularse la acumulación de jornadas por lactancia de las personas trabajadoras a tiempo parcial, en un supuesto en que la empresa reconoce el derecho a tal acumulación, pese a que el convenio colectivo de aplicación -el CC estatal para el sector de restauración colectiva- no regula esta materia.

La sentencia del JS de Córdoba desestima la demanda de conflicto colectivo y considera conforme a derecho la práctica de la empresa, consistente en dividir el número de días laborables que restan a partir de la reincorporación de la persona trabajadora tras la baja por maternidad o paternidad hasta que el menor cumpla nueve meses, por las ocho horas correspondientes a la jornada ordinaria, y reconocer los mismos días acumulados resultantes a las personas trabajadoras a tiempo completo y a tiempo parcial.

El TSJ andaluz acoge el recurso de suplicación interpuesto por el sindicato demandante, por entender que a las personas que trabajan a tiempo parcial les corresponden tantos días acumulados como los que resultan de dividir los días laborables que quedan hasta que el/la menor cumpla nueve meses, por el número de horas diarias de su jornada parcial (y no por las 8 horas que conforman la jornada ordinaria en la empresa). Lógicamente, con esta operación aritmética resulta un mayor número de días de acumulación en favor de las personas trabajadoras a tiempo parcial que para las que trabajan a tiempo completo, toda vez que el dividendo es el mismo para ambas clases de personas trabajadoras -los días laborables que restan hasta que el/la menor cumpla 9 meses- mientras que el divisor es inferior en las personas trabajadoras a tiempo parcial por la menor jornada diaria que realizan.

Frente a este pronunciamiento la empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

IV. Posición de las partes

1. Posición de las partes recurrente y recurrida

La empresa recurrente denuncia infracción del art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), aduciendo que de este precepto no puede derivarse la interpretación acogida en la sentencia recurrida, que supone reconocer más días de

acumulación de jornada a las personas trabajadoras a tiempo parcial que a las que prestan servicios a tiempo completo.

Como sentencia de contraste, invoca el recurso la STSJ Madrid, Sala de lo Social, de 23 de diciembre de 2019 (rec. 640/2019), la cual, afrontando la misma problemática jurídica, en una situación en la que el convenio colectivo aplicable tampoco contiene reglas específicas en materia de acumulación (no niega el derecho pero tampoco lo regula), concluye que el disfrute acumulado no puede dar lugar a que las personas trabajadoras a tiempo parcial disfruten de un mayor número de días de acumulación de lactancia que las personas que trabajan a tiempo completo. En consecuencia, considera correcto el planteamiento de la empresa de reconocer a las personas que trabajan a tiempo parcial el mismo número de días acumulados de permiso por lactancia que a quienes prestan sus servicios a tiempo completo.

El sindicato, parte recurrida, no ha impugnado el recurso.

2. Posición del Ministerio Fiscal

El Ministerio Público emite informe favorable a la estimación del recurso (alineándose con la tesis de la empresa).

V. Normativa aplicable al caso

Partiendo de que ninguno de los convenios colectivos, el aplicable en la sentencia recurrida y el de la sentencia de contraste, contiene reglas específicas sobre el modo y manera en el que debe procederse a la acumulación del permiso por lactancia en jornadas completas, el problema suscitado ha de resolverse a partir de la interpretación y aplicación de dos preceptos legales:

-El art. 37.4 del ET, conforme al cual: “En los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), las personas trabajadoras tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, para el cuidado del lactante hasta que este cumpla nueve meses. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples.” Y añade: “Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa respetando, en su caso, lo establecido en aquella.”

-El art. 12.4.d) del ET, que en trasposición de la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, que figura en el Anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, dispone: “Las personas trabajadoras a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado, debiendo garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres.”

VI. Doctrina básica

Para la resolución del asunto ahora discutido, parte la Sala IV de su previa doctrina sobre el parámetro cuantitativo que debe utilizarse para calcular el número de días acumulados de permiso por lactancia, habiendo fijado en STS 419/2018, de 19 abril (rucd. 1286/2016) el criterio de que el número de días resultantes debe computarse conforme a la hora diaria de ausencia del puesto de trabajo a que se refiere el primer párrafo del art. 37.4 ET, que configura la esencia del permiso, y no a la media hora de reducción de jornada que contempla como opción alternativa el párrafo segundo de ese mismo precepto.

El legislador deja en manos de la negociación colectiva la posibilidad de reconocer y regular este derecho al disfrute acumulado de la hora de permiso por lactancia; en defecto de regulación convencional, la acumulación en días laborables del permiso por lactancia exige acuerdo con la empresa^[1].

Las personas que trabajan a tiempo parcial no pueden recibir un tratamiento menos favorable que quienes prestan sus servicios a tiempo completo a la hora de disfrutar el permiso por lactancia, bajo ninguna de las diferentes modalidades en la que puedan ejercitar ese derecho (una hora diaria de ausencia del puesto de trabajo, media hora de reducción de jornada, disfrute acumulado del permiso). La total duración del permiso, en número de horas de trabajo, es exactamente la misma para las personas trabajadoras a tiempo completo y a tiempo parcial, sin que para estas últimas se vea reducido proporcionalmente a la menor duración de su jornada.

Como quiera que el permiso consiste en una hora de ausencia diaria del puesto de trabajo, tanto para las personas trabajadoras a tiempo completo como a tiempo parcial, esto supone que el número total de horas que deben acumularse son tantas como días laborables queden desde la fecha de reincorporación a la empresa tras la baja por maternidad o paternidad, hasta que el/la menor alcance la edad de nueve meses (duración máxima del permiso).

Con estas premisas, la fórmula que debe utilizarse para cuantificar los días laborables acumulados de permiso es la de dividir el número total de días laborables que restan hasta la fecha en que el menor cumple los nueve meses -o la mayor edad que, en su caso, pueda fijar el convenio colectivo- por las horas de trabajo que se corresponden con la jornada diaria de la persona trabajadora. El resultado de esta operación puede traducirse en un mayor número de días acumulados de permiso para las personas trabajadoras a tiempo parcial, dado que necesitarán un mayor número de días de ausencia para completar el número total de horas de permiso al ser su jornada diaria más corta, pero ello no comporta un trato más favorable respecto a quienes trabajan a tiempo completo ni, *a sensu contrario*, una discriminación desfavorable para los últimos.

Si la fórmula utilizada es la de dividir el número de días que quedan hasta el cumplimiento de la edad máxima del menor, por las ocho horas de la jornada ordinaria de trabajo, no se causa perjuicio alguno a las personas trabajadoras a tiempo completo, que disfrutarán finalmente de un total de días acumulados equivalentes a la hora diaria de ausencia del puesto de trabajo en la que el consiste el permiso. Por el contrario, si se aplica esa misma regla -como postulan la empresa y la sentencia de contraste- a las personas trabajadoras a tiempo parcial, que realizan una jornada inferior a la ordinaria de ocho horas diarias, sucede entonces que los días acumulados resultantes no serían equivalentes al total de número de horas de permiso que les corresponden por esa hora diaria y hasta aquella misma fecha en la que el menor alcance la edad de referencia. Se les estaría aplicando de esta forma un trato menos favorable respecto a los que prestan servicio a tiempo completo, contraviniendo lo dispuesto en el art.12. 4 d) ET y en la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial de la Directiva 97/81/CE, sin que existan razones objetivas que lo sustenten.

VII. Parte dispositiva

El fallo de la STS 986/2023 dice lo siguiente:

“Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Mediterránea de Catering, S.L., contra la sentencia dictada el 17 de febrero de 2022, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en el recurso de duplicación núm. 4619/2021, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Córdoba, de fecha 28 de julio de 2021, recaída en autos núm. 178/2021, seguidos a la instancia de la Unión General de Trabajadores contra Mediterránea de

Catering, S.L., sobre conflicto colectivo, para confirmarla y declarar su firmeza. Sin costas y con pérdida del depósito constituido por la empresa para recurrir.”

VIII. Pasajes decisivos

La STS 986/2023 despliega una argumentación prolija, precisa y circunstanciada como respaldo al criterio finalmente asumido. Los pasajes más rotundos y decisivos se recogen en los fundamentos de derecho tercero y cuarto. De entre ellos, cabe destacar las siguientes aserciones:

- “El permiso de lactancia consiste en el derecho a ausentarse una hora del puesto de trabajo, por más que se admita la posibilidad de que su ejercicio pueda articularse bajo cualquiera de aquellas otras dos opciones alternativas.”

- “(...) la correcta interpretación de lo dispuesto en el art. 37.4 ET, pasa por entender que el derecho de ausentarse una hora del puesto de trabajo debe aplicarse exactamente por igual a todos los trabajadores que solicitan el permiso de lactancia, ya sean a tiempo completo o parcial, sin que quepa una reducción proporcional a la menor duración de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial.”

- “Estamos de esta forma ante un permiso retribuido ciertamente peculiar, en la medida en que su total duración, en número de horas de trabajo, es exactamente la misma para los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, sin que para estos últimos se vea reducido proporcionalmente a la menor duración de su jornada.”

- “Si los trabajadores a tiempo parcial tienen derecho a una hora de ausencia del puesto de trabajo, su acumulación en días completos de trabajo debe necesariamente sujetarse a ese mismo parámetro cuantitativo, de tal forma que bajo esa modalidad de ejercicio del permiso acaben finalmente disponiendo del mismo número total de horas que les hubiere correspondido de haberlo disfrutado diariamente.”

- “En consecuencia, la fórmula que debe utilizarse para cuantificar los días laborables acumulados de permiso, es la de dividir el número total de días laborables que restan hasta la fecha en la que el menor cumple los nueve meses - o la mayor edad que, en su caso, pueda fijar el convenio-, por las horas de trabajo que se corresponden con la jornada de la persona trabajadora.”

- “La cifra resultante de esa división será el número de días laborables acumulados que deben reconocerse al trabajador que opta por activar esa modalidad.”

IX. Comentario

El criterio acogido por la Sala Cuarta es el acertado. En efecto:

- Acierta el TS cuando sostiene que la duración del permiso por lactancia (una hora por día laborable) debe ser la misma para trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial. No es aplicable en este caso la regla de proporcionalidad que en otros supuestos permite ajustar la magnitud del derecho a la duración de la jornada, toda vez que la finalidad del permiso es atender las ineludibles necesidades nutricionales que requiere la crianza de un menor de nueve meses, que son, obviamente, las mismas cualquiera que sea la jornada de trabajo de sus progenitores.

- Acierta cuando resuelve que la posibilidad de acumulación en jornadas completas debe obtenerse acudiendo a la hora de ausencia del puesto de trabajo y no a la media hora de reducción de jornada que la norma configura como una de las dos opciones alternativas.

- También acierta cuando mantiene que la única forma de garantizar que quienes trabajan a tiempo parcial disfruten el mismo número total de horas de permiso por lactancia que quienes trabajan a tiempo completo pasa por dividir el número total de días laborables que restan hasta la fecha en que el/la menor cumple los nueve meses -o la mayor edad que, en su caso, pueda fijar el convenio colectivo-, por las horas de trabajo que se corresponden con la jornada de la persona trabajadora. Solo de ese

modo se consigue que el total de jornadas de trabajo acumuladas se corresponda fielmente con el del número de horas a las que tendría derecho a ausentarse la persona trabajadora en ejercicio del permiso.

-Por último, le asiste la razón cuando afirma que la aplicación de esta fórmula puede generar un efecto engañoso, al resultar de la misma que las personas que trabajen a tiempo parcial van a disfrutar de un mayor número de jornadas acumuladas que las que prestan servicio a tiempo completo. Pero es una mera ilusión, un espejismo o “trampantojo”, si se repara en la circunstancia de que todas ellas disfrutan, finalmente, de las mismas horas de permiso aunque con diferente distribución.

X. Apunte final

El Tribunal Supremo da un paso más en su contribución para delimitar el régimen jurídico del permiso por lactancia, fijando en esta ocasión el modo en que debe procederse para cuantificar los días laborables acumulados cuando se opta por esta modalidad de disfrute. Para ello establece una fórmula que habrá de aplicarse con independencia de la condición a tiempo parcial o a jornada completa de la persona trabajadora; una fórmula de cuya aplicación resulta un mayor número de días acumulados de permiso cuanta menor sea la duración de la jornada diaria. Ello es así porque la acumulación de la hora diaria de permiso en días completos de libranza no modifica la duración de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial, que no van a disfrutar por ello de días de permiso retribuido de duración superior (en número de horas) a un día laborable. Por poner un ejemplo, si la jornada diaria de un trabajador a tiempo parcial es de cinco horas, los días acumulados de permiso por lactancia en jornadas completas respetarán esa misma magnitud (cinco horas retribuidas por día de permiso). Es decir, cuando el art. 37.4 ET permite la acumulación de la hora diaria de permiso por lactancia en “jornadas completas”, el adjetivo “completas” hay que entenderlo referido a la jornada diaria de cada concreta persona trabajadora, no como equivalente a un trabajo a tiempo completo. La aplicación del coeficiente de parcialidad incidirá en la retribución de cada día acumulado de permiso por lactancia, con lo que las personas que trabajan a tiempo parcial no consiguen una mayor compensación económica que quienes trabajan a tiempo completo en esta modalidad de ejercicio del permiso por lactancia.

Lo relevante es que el número total de horas de permiso por lactancia que se van a disfrutar sea el mismo para quienes trabajan a tiempo completo y a tiempo parcial, aunque para ello dichas horas se tengan que distribuir en un mayor número de días de libranza retribuida cuando la jornada diaria no cubre el total de horas de una jornada a tiempo completo.

Referencias:

1. [^] *El frustrado RDL 7/2023, de 19 de diciembre, suprimió la remisión a los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo con la empresa para poder acumular el permiso por lactancia en jornadas completas, configurando dicha acumulación como un derecho subjetivo de la persona trabajadora. Modificación que solo estuvo en vigor tres semanas, entre el 21 de diciembre de 2023 y el 10 de enero de 2024, fecha esta en la que el RDL 7/2023 quedó derogado al no superar el trámite de convalidación en el Congreso de los Diputados.*

§ 6 Determinación del momento para medir la representatividad a efectos de legitimación negocial.

Francisco A. Vila Tierno

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

Resumen: *Composición de la comisión negociadora de convenio colectivo cuya negociación se dilata en el tiempo, variando la representatividad sindical, existiendo acuerdos en ese período. Se rechaza la presencia de organización sindical que acredita legitimación negocial por variación de representatividad durante aquel período. Revisión de la doctrina sobre momento de medir la representatividad de los sujetos negociadores y concordancia con la jurisprudencia sobre actualización cuando se negocia algo nuevo.*

Palabras clave: *Legitimación negocial. Representatividad sindical.*

Abstract: *Composizione del comitato di negoziazione di un contratto collettivo la cui negoziazione si estende nel tempo, con rappresentatività sindacale variabile, con accordi raggiunti durante tale periodo. La presenza di un'organizzazione sindacale che accredita la legittimità della contrattazione collettiva a causa di una variazione della rappresentatività durante tale periodo viene respinta. Revisione della dottrina sul momento in cui misurare la rappresentatività delle parti negoziali e accordo con la giurisprudenza sull'aggiornamento quando viene negoziato qualcosa di nuovo.*

Keywords: *Potere di contrattazione collettiva. Rappresentatività dei sindacati.*

I. Introducción

Se plantea, como objeto de debate, una compleja cuestión -el momento de determinación de la legitimación negocial- que parecía resuelta. Sin embargo, la Sala de lo Social aborda de nuevo esta materia para matizar su doctrina anterior. Lo que hace mediante la combinación de dos planteamientos que confluyen, con el objeto de darnos una solución que puede resultar, en parte, disruptiva respecto de los postulados que la misma Sala venía defendiendo con carácter previo.

Se ponen, de manifiesto, en este sentido, dos certezas sobre la mesa: de un lado, que es doctrina consolidada que el momento de medir la representatividad sindical a los efectos de determinar la legitimación negocial del art. 87 ET es el de la constitución de la comisión negociadora. De otro lado, que es preciso conformar una comisión negociadora *ex novo*, cuando se trata de negociar algo nuevo. La duda, en este caso, es qué ocurre cuando no ya es que se plantee la negociación de algo diferente a lo previamente negociado, sino cuando lo que acontece es que ha transcurrido un período tan largo desde el momento inicial de la constitución de la comisión negociadora -con lapsos temporales vacíos de actividad negocial- que se cuestiona si se está, realmente, en el mismo proceso negociador.

El fallo de la sentencia resuelve la cuestión en el sentido de entender la legitimación de un modo dinámico, aceptando los supuestos excepcionales en los que los cambios de representatividad deben ser tenidos en cuenta para determinar la composición de la comisión negociadora y el derecho de las organizaciones sindicales a reclamar su presencia en la misma. Sin embargo, frente a la construcción de una larga y extensa resolución que con detalle formula las conclusiones alcanzadas -siguiendo el carácter didáctico del ponente- se presenta un voto discrepante que, también de manera absolutamente razonada, entiende que debe seguirse una doctrina que opta por una interpretación más estática, de manera que, bajo su argumentación, no debe ignorarse la posición de esta Sala cuando ha fijado la existencia de una “foto fija” de representatividad que debe coincidir con el momento de constitución inicial de la comisión negociadora.

Realmente, tal doctrina, esto es, la que se incluye en el referido voto particular, es la que pretendía dar seguridad jurídica a estas situaciones, pero que, a la luz de situaciones absolutamente particulares como la que es objeto de análisis, el Tribunal Supremo reconduce su interpretación, precisamente, para dotar de mayor seguridad jurídica frente a las cuestiones que se susciten sobre esta materia.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: STS-SOC (Pleno) núm. 1053/2023, de 30 de noviembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 98/2021.

ECLI:ES:TS:2023:5444

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: Existe un voto particular que formula la Excmo. Sra. Dña. Concepción Rosario Ureste García.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Como expresamente se explicita en el Fundamento Jurídico primero de la resolución “En el marco de un proceso por vulneración de derechos fundamentales, el Sindicato demandante interesa que se declare su derecho a participar en la negociación del Convenio Colectivo de la empresa, así como a acceder al repositorio documental creado al efecto”.

Los antecedentes, reflejados, de igual modo en el mismo fundamento jurídico, se corresponden con los siguientes hechos:

- Cuando se constituye la comisión negociadora del I Convenio Colectivo para la empresa pública Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España (ISDEFE), en 2014, USO carece de implantación en dicha unidad de negociación, por lo que no cuenta con ninguno de los 13 representantes de aquella. La actividad negocial en el período 2014-2020 ha sido muy reducida, esencialmente sobre incrementos de la masa salarial, no alcanzándose acuerdos. De hecho, transcurren 2 años, desde 2016 a 2018 sin actividad alguna.
- Durante los años 2017 y 2018, precisamente los años en los que no se acredita funcionamiento alguno de la comisión negociadora, se celebran elecciones a los órganos de representación unitaria, consiguiendo USO, por primera vez, cuatro representantes. Desde ese momento reclama su incorporación de manera reiterada sin conseguir satisfacción a su

pretensión. Por ese motivo presenta demanda de derechos fundamentales frente a la empresa y resto de organizaciones sindicales integrantes de aquella comisión negociadora.

Es conveniente precisar que la Audiencia Nacional, ejerciendo como Tribunal de instancia, reconoce el derecho reclamado por USO, entendiendo que le corresponde formar parte de la reiterada comisión a dicha organización sindical y las consecuencias que se deriven de ello. Postura que no comparte -como se verá seguidamente- por el sindicato UGT que decide interponer el Recuso de Casación que da lugar a la sentencia que ahora analizamos.

IV. Posición de las partes

El posicionamiento de USO, en tanto sindicato demandante, queda recogido en el antecedente segundo, como suplico de la demanda, que “con objeto de adecuar la Mesa de negociación del 1er Convenio ISDEFE, se declare el derecho de todos los sindicatos con representación en la empresa a formar parte de la Mesa de negociación, y se declare la obligatoriedad de recomponer la actual Mesa de negociación para adaptarse a la representatividad derivada de los procesos electorales de 2017 y 2018 según los datos que obran en el Ministerio de Trabajo (descriptor 69). La participación se concretará otorgando un puesto titular en la Mesa de negociación a cada uno de los sindicatos (6), mientras que la capacidad decisoria (el voto) quedará determinada en modo de porcentaje conforme tal y como se detallan...” Junto a ello, posteriormente, en el escrito de impugnación del recurso, añade que “lo pretendido por los sindicatos recurrentes aboca a que las sucesivas elecciones a representantes en la empresa carezcan de utilidad desde la perspectiva de negociación del convenio colectivo”.

Frente a ello, UGT presenta un recurso articulado en cuatro motivos, dos por revisión de hechos probados y otros dos por infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia. Centrándonos en los dos últimos, que es la parte más relevante -y así se señala en el apartado séptimo del Fundamento jurídico segundo- y, concretamente, en el tercero de los motivos que esta organización sindical invoca -coincidiendo con el único motivo alegado por CGT, que también presenta recurso contra la sentencia de la Audiencia Nacional- manifiesta que “considera que la sentencia recurrida infringe diversos preceptos de la Constitución (arts. 7, 28.1, 37.1 CE); de la Ley Orgánica de libertad Sindical (art. 2.2 LOLS); y del Estatuto de los Trabajadores sobre legitimación para negociar convenios colectivos de empresa (arts. 63.3; 67.1; 88.1 y 88.3 ET). [...] El motivo alega y se funda en el “principio de legitimidad inicial”. Insiste en que la Mesa de Negociación del Convenio Colectivo se constituyó válidamente en 2014, observando los criterios de proporcionalidad exigidos en que ha mantenido reuniones entre los años 2015 y 2019. En su favor invoca la doctrina sentada por las SSTs 7 julio 1997 (rec. 4246/1996; 11 diciembre 2012 (rec. 229/2011) y 30 octubre 2019 (rec. 191/2017), así como las en ellas citadas”.

El ministerio fiscal, en informe emitido al efecto, consideró improcedentes los recursos presentados por UGT y CGT.

V. Normativa aplicable al caso

- Estatuto de los Trabajadores:

“Artículo 87. Legitimación.

1. En representación de los trabajadores estarán legitimados para negociar en los convenios de empresa y de ámbito inferior, el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité.

La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal [...]

5. Todo sindicato, federación o confederación sindical, y toda asociación empresarial que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora.

Artículo 88. Comisión negociadora.

1. El reparto de miembros con voz y voto en el seno de la comisión negociadora se efectuará con respeto al derecho de todos los legitimados según el artículo anterior y en proporción a su representatividad.

2. La comisión negociadora quedará válidamente constituida cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales a que se refiere el artículo anterior representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal [...]

En los supuestos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el reparto de los miembros de la comisión negociadora se efectuará en proporción a la representatividad que ostenten las organizaciones sindicales o empresariales en el ámbito territorial de la negociación.

3. La designación de los componentes de la comisión corresponderá a las partes negociadoras [...]

4. En los convenios sectoriales el número de miembros en representación de cada parte no excederá de quince. En el resto de los convenios no se superará el número de trece [...]"

- Ley Orgánica de Libertad Sindical

"Artículo segundo.

1. La libertad sindical comprende [...]

d) El derecho a la actividad sindical.

2. Las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical, tienen derecho a [...]

d) El ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella, que comprenderá, en todo caso, el derecho a la negociación colectiva [...]"

Artículo octavo [...]

2. Sin perjuicio de lo que se establezca mediante convenio colectivo, las Secciones Sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa y en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas o cuenten con delegados de personal, tendrán los siguientes derechos [...]

b) A la negociación colectiva, en los términos establecidos en su legislación específica [...]"

VI. Doctrina básica

Debe entenderse, como regla general, que el momento que se tiene como referencia para la determinación de la legitimación negocial de una organización sindical -de acuerdo con el modelo dual que el legislador, en el Título III ET, atribuye a representación unitaria o sindical en la negociación de ámbito empresarial-, se corresponde con el de constitución de la comisión negociadora, siendo irrelevantes los cambios que sobre tal representatividad se produzcan con posterioridad a tal hecho.

No obstante, en supuestos excepcionales -vid. v.gr. STS 470/2017 de 1 de junio (rec. 183/2016)- se ha entendido que cabía la revisión sobre aquella concreción inicial, si bien, atendiendo a que ello era una salvedad a la doctrina general que se seguía

aplicando incluso en periodos muy prolongados de negociación - STS 439/2020 de 11 de junio (rec. 138/2019)-.

Al amparo de estas consideraciones se afirma que es preciso introducir un matiz respecto de la anterior doctrina general, partiendo de que es necesario recordar que cuando se negocia algo de carácter novedoso, sí se ha exigido una adecuación a la representatividad real. De este modo, cuando concurren determinadas circunstancias sí se puede entender que se produce una vulneración del derecho sindical por no permitir la negociación a quien tiene legitimación para ello. De tales circunstancias, que no deben entenderse automáticas (sino que tendrían que acreditarse), damos cuenta en el siguiente epígrafe.

VII. Parte dispositiva

La sentencia comentada llega a una conclusión y es como hemos reflejado, que la determinación de la legitimación negocial como derecho de una organización sindical a participar en la negociación de un convenio de empresa, puede variar respecto de la acreditada en el momento de constitución de la comisión negociadora cuando:

- Existe una importante distancia cronológica entre la constitución inicial de la comisión negociadora y la suscripción de un convenio colectivo;
- Se produce un cambio durante ese período de la representatividad sindical avalada por procesos de elecciones a la representación unitaria;
- Se constata el abandono de las negociaciones durante un período extenso, la ausencia de acuerdos de esta comisión (en el caso analizado se producían acuerdos, pero de la Mesa de negociación reconocida en el EBEP en el ámbito de lo público y respecto de otras cuestiones);
- Se acredita la actitud proactiva del sindicato que procura su inclusión en el ámbito de la negociación.

Ante tales elementos, se considera "acertada la decisión de instancia e inexistentes las vulneraciones denunciadas. El legislador ha prescrito que "todo sindicato [...] que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora" (art. 87.5 ET) y que "el reparto de miembros con voz y voto en el seno de la comisión negociadora se efectuará con respeto al derecho de todos los legitimados según el artículo anterior y en proporción a su representatividad" (art. 88.1 ET).

Siendo la USO sindicato legitimado y estando en juego su derecho fundamental a la acción sindical (arts. 28.2 CE y 2.2.d LOLS) la restricción que comporta el que no acceda a la comisión negociadora habría de estar especialmente justificada y aquí sucede lo contrario".

VIII. Pasajes decisivos

El fundamento jurídico cuarto resulta clave para determinar el momento en el que debe fijarse la representatividad de una organización sindical, partiendo de la doctrina general reconocida, sin matices, hasta la presente resolución:

"sentencia de 4 de abril de 2021, rec. 164/2019, cuando dice que "El momento para determinar la legitimación negocial va referido a la fecha de constitución de la Mesa Negociadora y no a otra posterior, pues si atendiese al resultado de posteriores elecciones -tratándose del banco social- se entraría en una dinámica de incertidumbre sobre los niveles de representatividad incompatible con el desarrollo normal de un proceso de negociación (por todas, SSTS 11 diciembre 2012, rec. 229/2011, Notarías Madrid y 25 noviembre 2017, rec. 63/2014, Mercancías por carretera). Con cita de abundantes precedentes, la STS 439/2020 de 11 junio (rec. 138/2019) precisa que 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".

Más recientemente, la STS de 2 de febrero de 2023, rec. 69/2021 [...] siempre se ha venido exigiendo y afirmando por esta Sala que la representatividad del art. 87.3

del ET ha de ostentarse en el momento inicial de la negociación del convenio colectivo y si entonces una organización sindical que no ostenta la legitimación no es convocada para la constitución de la comisión negociadora no se produce vulneración de derecho alguno"-, vuelve a aseverar que el momento para determinar la legitimación negocial va referido a la fecha de constitución de la Mesa Negociadora y no a otra posterior, por lo que hay que excluir del cómputo las variaciones posteriores".

Se añade, más adelante que *"La solución al problema suscitado, como queda dicho, va a derivar de la conjunción del ramillete de criterios recién expuestos y de una segunda línea argumental. Conforme a ella, cada vez que se lleva a cabo la negociación de algo diverso a lo ya acordado es preciso volver a examinar tal representatividad, sin que quienes constituyeron en su día la comisión negociadora puedan mantener la implantación acreditada tiempo atrás".* Se apoya, para defender esta postura, en las interpretaciones realizadas respecto de las siguientes cuestiones:

- Presencia en comisiones de negociación y de interpretación [(SSTS 8 abril 2013 (rec. 281/2011), 14 mayo 2013 (rec. 276/2011) y 21 octubre 2013 (rec. 104/2013)]. Al respecto, se concluye que cuando se trata de comisiones que negocian algo distinto a lo inicialmente pactado, *"no basta con que las secciones sindicales legitimadas para negociar tengan la oportunidad de ratificar lo previamente deliberado y preacordado cuando se está ante instrumentos colectivos de eficacia general. Hay que garantizar su presencia en el órgano de deliberación"*.
- Representatividad de quienes negocian.
- Consecuencias de la postergación: *"Acreditada la existencia de legitimación para intervenir en la negociación del convenio es claro que nos encontraríamos ante una infracción de graves consecuencias si se impidiera al sujeto legitimado su acceso a la Comisión Negociadora (por todas, STS 27 octubre 2014, rec. 267/2013). De ahí que hayamos validado la anulación de las decisiones adoptadas cuando concurre tal anomalía, por ejemplo, STS 742/2017 de 28septiembre, rec. 172/2016; Ambulancias)".*

Se concluye, finalmente, en la *"Necesidad de constituir de nuevo la Comisión Negociadora"*.

Digamos ya que la SAN recurrida se ajusta a las exigencias legales y jurisprudenciales que hemos expuesto que no apreciamos la vulneración denunciada por el recurso de CGT y el tercer motivo del formalizado por la UGT.

Ninguno de los casos que mencionan los recurrentes o que hemos repasado posee las singularidades que ahora concurren y que abocan a que resulte desacertado el mantenimiento de una comisión negociadora constituida de manera válida en su momento".

Todo ello deviene, de la reflexión última que motiva el fallo de la sentencia, en tanto que, finalmente, se es taxativo: *"Conclusión: Vulneración de la libertad sindical."*

Cuantos datos y argumentos hemos expuestos conducen a considerar acertada la decisión de instancia e inexistentes las vulneraciones denunciadas".

IX. Comentario

Hemos de reiterar que, la jurisprudencia, de manera insistente, había asentado claramente la doctrina general a la que hemos hecho abundante referencia. Es más, baste leer la misma fundamentación jurídica de la sentencia que nos ocupa para hacer un extraordinario recorrido por los fallos judiciales que formaban parte de esta doctrina consolidada.

En este sentido, se pronuncia el también coherente y sistemático voto particular que apuesta por el mantenimiento, sin excluir el supuesto de hecho objeto de

controversia, de la interpretación clásica de fijar la determinación de la legitimación negociadora de acuerdo con la representatividad acreditada en el momento de la constitución de la comisión negociadora.

Ya se ha aludido, sobre el particular, a lo que explícitamente, se expone, entre otras, en la STS 1431/2021, de 7 de abril cuando afirma que “El momento para determinar la legitimación inicial va referido a la fecha de constitución de la Mesa Negociadora y no a otra posterior, pues de atender al resultado de posteriores elecciones -tratándose del banco social- se entraría en una dinámica de incertidumbre sobre los niveles de representatividad incompatible con el desarrollo normal de un proceso de negociación [...] Con cita de abundantes precedentes, la STS 439/2020 de 11 junio (rec. 138/2019) precisa que 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”, doctrina que se reitera en la ya citada STS de 2 de febrero de 2023, rec. 69/2021 (comentada en la misma resolución que se analiza).

No podemos más que confirmar lo que habíamos mantenido con anterioridad, a nivel doctrinal, en el sentido de asegurar que “De manera reiterada se ha reconocido que el momento en el que debe constatar y probarse la legitimación inicial, es el de la constitución de la comisión negociadora. Se puede entender, por tanto, como una foto fija de la representatividad en el momento de constitución de la mesa”^[1].

Este criterio, además, es el que de manera constante ha venido siendo utilizado por instancias inferiores -v.gr. STSJA/ Málaga núm. 445/2016, de 16 marzo o Sentencia de la Audiencia Nacional (sala de lo Social) núm. 45/2017, de 30 de marzo en la que se reconocía como “criterio reiterado y pacífico en la jurisprudencia” - y que, en nuestra opinión va a tener que ser sustituido por la interpretación matizada que ahora se aporta por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

En cualquier caso, no nos dice el Tribunal que rompa completamente con la doctrina anterior. Es cierto que estamos ante una decisión del Pleno que, de manera motivada, podría haber superado el criterio anterior, pero entendemos que este no es el espíritu que mueve a la Sala, sino el de matizar una regla general que se fijaba con el objeto de otorgar seguridad jurídica.

Esta misma finalidad -garantizar la seguridad jurídica- es la que conduce al intérprete, a introducir una corrección de aquella doctrina, pero para hacerla confluir con la que exige el respeto, de una parte, al derecho a negociar, en cada momento, de los sujetos legitimados en el seno de comisiones que deben identificarse como negociadoras y no de interpretación o administración de convenios (en estos supuestos se produce una actualización de la representatividad y legitimación) y del propio derecho de los sujetos legitimados a participar en la negociación colectiva, sin cortapisas ^[2]

Dispone, por tanto, el Tribunal Supremo, en esta sentencia de Pleno, en nuestra opinión, que no debemos descartar que la representatividad se calcule teniendo presente los datos electorales al momento de la constitución de la comisión negociadora -lo que evita, por ejemplo, trasvases de representatividad en supuestos de transfuguismo, en el RD. 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones de órganos de representación de los trabajadores en la empresa, si bien, referidos a un mismo mandato-. Pero, no es menos cierto, “no obstante, que el nivel de representatividad no [es] estático, que es un nivel que debe acreditarse en el momento del ejercicio del derecho. Y, en tal sentido, esta determinación de la representatividad no se hace de manera absoluta, sino con relación al mismo ejercicio del derecho. Esto significaría, respecto a la negociación colectiva, que debe acreditarse la reiterada representatividad, como se ha insistido, en el momento del inicio del proceso negociador. Puede ocurrir, en consecuencia, que los equilibrios de poder entre la representación de los trabajadores hayan variado desde la

celebración de las elecciones hasta el momento en el que se comienza realmente a negociar”^[3]

Esto le lleva a construir una nueva teoría en la que dicha concreción de la legitimación, cuando concurren determinadas circunstancias, y no siempre -que sigue operando la doctrina general- se deberá hacer un cambio en la fijación de los sujetos legitimados, de manera que no cabría la exclusión de una organización sindical que reúna los requisitos conforme lo dispuesto en el art. 87.5 ET (susceptible, por tanto, de vulneración del derecho de libertad sindical).

A saber, como hemos afirmado, que concurren los que podríamos identificar como requisitos, y que se han reseñado anteriormente:

- Distancia cronológica entre la constitución inicial de la comisión negociadora y la suscripción de un convenio colectivo;
- Cambio de la representatividad sindical consecuencia de sucesivos procesos de elecciones a la representación unitaria;
- Abandono de las negociaciones durante un período extenso;
- Actitud proactiva del sindicato que procura su inclusión en el ámbito de la negociación de manera reiterada y no consiente su exclusión.

Solo en el supuesto de darse el conjunto de premisas indicadas (especialmente las dos primeras), procedería la actualización de los componentes de la comisión negociadora para atender al derecho de todos los sujetos legitimados a negociar.

X. Apunte final

Solo nos resta hacer una reflexión final que queremos plantear en forma de duda: ¿no habría sido suficiente, en este caso, que se hubiera acreditado una ruptura del proceso negocial?

De este modo, entendemos que quizás no hubiera sido preciso esta revisión de la doctrina preexistente, introduciendo, podemos pensar, un elemento de incertidumbre nuevo porque parece que se somete ahora, cada uno de los supuestos que puedan aparecer, a una importante casuística con todo lo que ello conlleva. En la misma sentencia comentada se pone de manifiesto como en fallos anteriores se consideran períodos de tiempo, en cuanto a la distancia cronológica entre constitución de la comisión y acuerdo que son inferiores al que ahora se analiza, pero ¿cuál es el período que se considera ahora de manera objetiva para que concorra este requisito? ¿cuántos años serían precisos? Y ¿el cambio de representatividad no se computa, entonces, si solo han transcurrido dos años, por ejemplo? Ya había algún criterio que nos señalaba cuando se producía la ruptura de la negociación^[4], sin que tampoco fuera pacífico y, en tal sentido ¿qué se entiende o cuándo se supone que hay abandono de la negociación? ¿y cuándo y por qué un sindicato tiene o mantiene una actitud proactiva?

Se presentan, de esta forma, muchas incógnitas que son consecuencia directa de una matización de la doctrina anterior y que puede que se hubieran solventado, como dijimos, si se hubiera centrado solo en una: ¿cuándo hay abandono de las negociaciones? Si esta se hubiera constatado, entendemos, la constitución de la comisión negociadora hubiera decaído y, por tanto, tendría que constituirse una nueva comisión que atendiera a la representatividad real de ese momento.

Al final, puede que el Tribunal Supremo haya introducido una nueva doctrina mucho más garantista, al exigir que, para poder alterar la composición de aquella originaria comisión negociadora, no basta el único dato del abandono de la negociación (más fácil de conseguir), sino la concurrencia de una serie de elementos que refuerzan, si cabe, la aplicación de la doctrina clásica.

En síntesis, es preciso modificar la composición de la comisión negociadora dando entrada a los sujetos que acreditan tener legitimación negociadora por haber transcurrido un período de tiempo suficientemente prolongado y hubiese cambiado su representatividad de acuerdo con los resultados de las elecciones a los órganos de representación unitaria -junto con abandonos de negociación y voluntad inequívoca del sujeto de participar en la negociación reiterada en el tiempo-. Si ello no acontece, habrá de medirse la representatividad en el momento de constitución de la comisión negociadora y manteniéndose inalterable a los cambios posteriores. Parece fácil distinguir uno y otro supuesto, pero no lo es...

Referencias:

1. ^ VILA TIERNO, F. *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva: Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022 (con prólogo del ponente de la sentencia comentada).
2. ^ VILA TIERNO, F. "Legitimación negociadora de secciones sindicales con implantación", *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 6/2023 (BOE).
3. ^ VILA TIERNO, F. *Cuestiones actuales...* op. cit.
4. ^ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T. "La ultractividad normativa de los convenios colectivos: el estado de la cuestión", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2010

§ 7 Las costas en el proceso social y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

Carlos Hugo Preciado Domènech

Magistrado de la jurisdicción social. Doctor en Derecho y en Ciencias Políticas.

Resumen: *Las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, en tanto que beneficiarias del derecho de justicia gratuita, no pueden ser condenadas en costas.*

Palabras clave: *Costas. Entidades Gestoras de la Seguridad Social.*

Abstract: *Social Security Management Entities, as beneficiaries of the right to legal aid, cannot be ordered to pay de costs.*

Keywords: *Costs. Social Security Management Entities.*

I. Introducción

En este comentario analizamos la posibilidad de imponer costas a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, a la luz de la más reciente doctrina de la Sala IV, que pasa por partir del principio de que dichas Entidades, en tanto que beneficiarias de justicia gratuita, por disposición de la LAJG, no pueden sufrir condena en costas, salvo en supuestos excepcionales, significativamente, aquellos en que la Entidad Gestora en cuestión haya actuado con temeridad o mala fe en el curso del proceso.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala IV del Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1126/2023, de 12 de diciembre.

Tipo y número recurso: RCUUD núm. 556/2022.

ECLI:ES:TS:2023:5368

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si el SPEE puede ser condenado en costas.

IV. Posición de las partes

La Abogacía del Estado, en nombre y representación del SEPE, solicita la casación y anulación de la sentencia recurrida en cuanto a la imposición de costas al recurrente SEPE en sede de suplicación, al gozar del beneficio de justicia gratuita.

La parte actora no presentó escrito de impugnación

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

-Art. 235 LRJS

- Art.18 j) del RDL 3/2015, de 23 de octubre (TR de la Ley de Empleo)

- Art.-42.1c) y art.294.1 LGSS

- Art.2b) de la Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia jurídica gratuita.

VI. Doctrina básica

El SPEE, en su condición de entidad gestora de las prestaciones de desempleo en sus niveles contributivo y asistencial, incluidas en el ámbito de la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social tal y como preceptúa el art. 42.1.c) LGSS (art. 38.1.c LGSS/1995), es titular del beneficio de asistencia jurídica gratuita de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 b) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita, que se lo concede a "las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social en todo caso".

Por ello, el mero criterio del vencimiento en el recurso de suplicación no puede servir de base para la imposición de las costas a quien, como el SPEE, goza del mencionado beneficio, por lo que, al no entenderlo así, y condenarle a su abono pese a no haber apreciado temeridad o mala fe en su actuación procesal, la sentencia recurrida incurrió en la infracción que se le achaca.

VII. Parte dispositiva

La sentencia comentada contiene el siguiente fallo

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado de la Abogacía del Estado en representación del SEPE.

2. Casar y anular la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 2 de diciembre de 2021 (rec. 1947/2021) en cuanto a su pronunciamiento sobre imposición de costas, manteniendo el resto de pronunciamientos.

3. No efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

3. La doctrina de la STS 612/2018, de 12 de junio (rcud 684/2017), que ha sido reiterada por las sentencias que se mencionan más adelante en el apartado 4 del presente fundamento de derecho, es plenamente aplicable al presente supuesto y a ella debemos estar, por razones de seguridad jurídica y de igualdad en aplicación de la ley.

Para condenar en costas al SPEE, la sentencia recurrida en casación para la unificación de doctrina, que cita la STS 612/2018, de 12 de junio (rcud 684/2017), se apoya, entre otras, en la STS -pleno- 850/2018, de 20 de septiembre (rcud 56/2017).

Rectificando doctrina anterior, la STS -pleno- 850/2018, de 20 de septiembre (rcud 56/2017), seguida por la STS 951/2018, de 7 noviembre (rcud 254/2017), también citada por la sentencia recurrida, y por otras muchas STS, en base a las sucesivas

modificaciones que ha experimentado la sanidad pública y el derecho a la asistencia sanitaria, y al establecimiento de los servicios de salud de las comunidades autónomas, declara que el Servicio Madrileño de la Salud y en general los aquellos servicios de salud de las comunidades autónomas, no tienen la condición de entidad gestora del sistema de la Seguridad Social.

Pero la doctrina de las SSTS -pleno- 850/2018, de 20 de septiembre (rcud 56/2017) y 951/2018, de 7 noviembre (rcud 254/2017), no es aplicable al SPEE, al que ha de aplicársele la doctrina de la STS 612/2018, de 12 de junio (rcud 684/2017), que es, como venimos diciendo, la sentencia referencial en el presente recurso.

Y no es aplicable porque, como se recoge en esta última sentencia, la acción protectora de la Seguridad Social comprende el desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial (artículo 42.1 c) LGSS) y el SPEE es la "entidad gestora" de las prestaciones por desempleo (artículo 294.1 LGSS y artículo 18 j) del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre. No es relevante, a estos efectos, que el artículo 66.1 LGSS no mencione al SPEE, pues, como acabamos de decir, el SPEE escalificado expresa y específicamente como "entidad gestora" de las prestaciones de desempleo (artículo 294.1 LGSS y artículo 18 j) del texto refundido de la Ley de Empleo) y dichas prestaciones forman parte de la acción protectora de la Seguridad Social (artículo 42.1 c) LGSS).

4. La doctrina de la STS 612/2018, de 12 de junio (rcud 684/2017), ha sido reiterada por las SSTS 1153/2021, de 24 de noviembre (rcud 2002/2019); 1157/2021, de 24 de noviembre (rcud 4719/2019); 1160/2021, de 24 de noviembre (rcud 2596/2020); 1161/2021, de 24 de noviembre (rcud 3422/2020); 1168/2021, de 25 de noviembre (rcud 3822/2020); 367/2022, de 26 de abril (rcud 2202/2019); 847/2022, de 25 de octubre (rcud 2871/2019); y 29/2023, de 12 de enero (rcud 2863/2019); 451/2023, de 27 de junio (rcud 2386/2020).

5. No es dudoso, así, que el SPEE tiene la condición de entidad gestora de la Seguridad Social a los efectos del derecho de asistencia jurídica gratuita reconocido en el artículo 2.1 b) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, por lo que no debió ser condenado en costas en el recurso de suplicación del presente supuesto.

IX. Comentario

El punto de partida de este comentario viene forzosamente dado por el anclaje normativo que lo motiva, que no es otro que el art.235 LRJS, pues de lo que estamos tratando es de las costas impuestas en un recurso de suplicación al SPEE, por el mero criterio del vencimiento en dicho recurso. Así, el citado precepto, en lo que aquí interesa, dispone que: *“ 1. La sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social.*

Las costas comprenderán los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria que hubiera actuado en el recurso en defensa o en representación técnica de la parte, sin que la atribución en las costas de dichos honorarios puedan superar la cantidad de mil doscientos euros en recurso de suplicación y de mil ochocientos euros en recurso de casación.

2. La regla general del vencimiento establecida en el apartado anterior, no se aplicará cuando se trate de proceso sobre conflicto colectivo, en el que cada parte se hará cargo de las costas causadas a su instancia. Ello no obstante, la Sala podrá imponer el pago de las costas a cualquiera de las partes que en dicho proceso o en el recurso hubiera actuado con temeridad o mala fe. (...)

Sobre este precepto, hay que estar al Acuerdo No jurisdiccional de la Sala IV del TS de 1 de abril de 2019.

A partir del mismo, el ATS 30 septiembre 2020, RCUd 4267/2019, resume la doctrina del TS sobre la imposición de costas en los recursos, en concreto el RCUd, que comparte régimen con el recurso de suplicación, puesto que el art.235 LRJS es una disposición aplicable a ambos recursos.

En ese ATS se afirma que como se ha sostenido en múltiples ocasiones, la condena en costas tiene **por objeto resarcir a la parte a cuyo favor se establece de los gastos realizados en defensa de su derecho**. No es un medio de satisfacer a los profesionales sus honorarios y derechos. La idea de costas responde a una compensación por ciertos gastos individualizados, no todos, causados por el proceso, siendo compatible al respecto la tesis de impugnación de los honorarios por indebidos.

La condena en costas no es sino la traslación a la parte contraria de aquellos concretos gastos, ocasionados por el proceso a la que resulta beneficiada por la condena. Mas esa traslación sólo es adecuada si aquellos gastos individualizados son reales y preexistentes, sin que se estime adecuado que sea la propia condena la que genere el derecho a unos honorarios, que sin ella no hubieran tenido posibilidad de existencia. En otros términos: la condena en costas presupone la existencia previa de éstas, pero no es su título generador.

Partiendo de ello, podemos sintetizar que en materia de costas en el recurso, hay una regla general (art.235.1 LRJS), en cuya virtud se imponen a la parte vencida en el recurso, que sólo puede ser la recurrente (nunca la recurrida), que ve desestimados su recurso.

Esa regla presenta una primera excepción (art.235.1 LRJS), que supone la exención de costas a quienes gocen del beneficio de justicia gratuita, entre los que cuentan las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, como el INSS o el SPEE, o el INSERSO, o el ISM.

Sin embargo, la excepción de la regla tiene a su vez otra excepción: los casos en que el beneficiario de justicia gratuita ha actuado con mala fe o temeridad.

En tales supuestos, es constante la jurisprudencia de la Sala IV, que se cita con detalle en la nº 489/2017 o en la STS núm.885/2017, de 15 de noviembre. Se trata de las SSTs de 25/10/1999 (rcud. 3510/1998), 7/12/1999 (rec. 1946/1999), 5/12/200 (rcud. 4423/1999), 20/11/2014 (rcud. 2719/2013) 27/06/2005 ((rec. 168/2004), 20/11/2014 (rcud. 2719/2013), 17/02/2015 (rcud. 1631/2014).

En todas ellas se parte de la realidad legal de que las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social gozan del beneficio de justicia gratuita (art. 2 b) de la Ley 1/1996), pero ese beneficio no tiene una dimensión ilimitada, porque el art. 97.3 LRJS contiene la posibilidad de que en aquellos casos en los que se aprecie la temeridad o mala fe se pueda condenar en costas a quien incida en ella, aunque se disfrute de aquél derecho. Correlativamente con ello, los arts. 204.2, 217.2 y art. 235.1 y 3 LRJS contienen la misma posibilidad en los recursos de suplicación, casación y casación para la unificación de doctrina, con la especificación de que el mero criterio del vencimiento en el recurso de suplicación o casación (art. 235.1 LRJS) no puede servir de base para la imposición de las costas a quien goza del beneficio de justicia gratuita, sino que en estos casos para que se puedan imponer aquéllas es necesario que se aprecie temeridad o mala fe en el recurrente, lo que la Sala ha interpretado de manera sistemática e integrada con carácter general en el sentido de que, en aquellos casos en los que se aprecia tal temeridad en la instancia, en la suplicación o en la casación, cabe imponer, además de la multa correspondiente, el abono de los honorarios de abogados o graduados sociales gastos que hubieran intervenido en el proceso, aunque el litigante o el recurrente gozasen del beneficio de justicia gratuita. Ambos elementos correctores de la inadecuada conducta procesal - multa por temeridad y costas- caminan unidos en todos los preceptos citados, de manera que cuando se aprecia la primera ha de aplicarse la segunda, aunque a quien se le imponga goce del beneficio de justicia gratuita, con independencia de que en la

fórmula simple del art. 97.3 LRJS se hable de su imposición al empresario, cuando realmente se refiere a los demandados que fuesen litigantes en el proceso, con la evidente exclusión del demandante, que, salvo supuestos de legítima reconvencción, no puede resultar condenado, pero incluyendo también al demandado empresario que tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, con lo que resulta evidente que desaparece la conexión jurídica directa entre la existencia de ese beneficio y la posibilidad de imponer el pago de las costas, para alcanzar un ajustado comportamiento procesal y un equilibrio entre derechos y deberes procesales.

Desde esa perspectiva, esa interpretación resulta más acorde con los principios generales que el art. 75 de la LRJS contiene como deberes procesales de las partes, como el de "ajustarse en sus actuaciones en el proceso a las reglas de la buena fe", describiendo alguno de los actos que vulneran tales reglas, entre otros, la "formulación de pretensiones temerarias" o los actos efectuados "con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de derecho" o los que "persigan un resultado contrario al previsto en la Constitución y en las leyes para el equilibrio procesal, la tutela judicial y la efectividad de las resoluciones", lo que deberá llevarse a cabo de diversa forma en atención a la fase del proceso en la que se produzca tal actuación contraria a la buena fe, por lo que "De apreciarse temeridad o mala fe en la sentencia o en la resolución de los recursos de suplicación o casación, se estará a lo dispuesto en sus reglas respectivas" (art. 75.4 LRJS). Estas reglas se contienen, como hemos visto, en el art. 97.3 para la sentencia de instancia, y para el recurso de suplicación y para el de casación ordinaria, respectivamente y con igual texto, en los arts. 204.2 y 217.2 LRJS.

X. Apunte final

El beneficio de justicia gratuita no es patente de corso para litigar sin ajustarse a los elementales principios de la buena fe procesal y de exclusión de la temeridad. Las Entidades Gestoras de la SS son agentes litigiosos habituales en el Orden Social que, innegablemente, defienden intereses públicos y que, por tanto, deben ser amparados por los tribunales en su normal ejercicio. Sin embargo, los supuestos de litigiosidad en que la postura de las Entidades Gestoras ya ha sido reiteradísimamente rechazada por los Tribunales, deberían suscitar cierta reflexión en los operadores jurídicos, tendente a lograr una utilización racional y razonable de la litigación en aras de evitar el aumento de la saturación que, por desgracia, es endémica en nuestros órganos jurisdiccionales. La imposición de costas en tales casos, es un remedio a dichas patologías procesales, que no debe descartarse como *ultima ratio* para proteger el principio de buena fe procesal.

§ 8 No todo despido nulo de una persona trabajadora embarazada conlleva la lesión de un Derecho Fundamental y la concesión de una indemnización por daño moral.

Ángel Arias Domínguez

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

Resumen: Para el análisis de los despidos nulos por embarazo debe tenerse en consideración que el ordenamiento laboral diferencia si el despido se ha producido con un propósito lesivo, es decir, si ha sido, precisamente la circunstancia del embarazo la que ha provocado la reacción empresarial extintiva, o si, por el contrario, el despido se ha producido durante el embarazo, cronológicamente durante el embarazo pero sin conexión con él. El Estatuto de los Trabajadores, siguiendo este doble propósito tuitivo, dispone dos supuestos de nulidad diferentes. En primer lugar, previendo una causa específica que considera nulo cualquier despido que se produzca en el tiempo en el que la persona trabajadora se encuentra embarazada. Es un despido que conlleva la nulidad con independencia absoluta de contexto en las que se produjo la decisión extintiva y del conocimiento empresarial de la circunstancia del embarazo. En estas situaciones incluso el desconocimiento de la trabajadora de su propio embarazo conlleva la nulidad de la decisión extintiva, porque es el hecho mismo de despedir a una persona trabajadora embarazada lo que convierte la decisión empresarial en nula (o, en su caso, en procedente, sin alternativa posible a ser considerado improcedente). En segundo lugar, y con carácter más general (no sólo afectando a la circunstancia de embarazo), entiende nulo el despido que tenga por móvil alguna causa de discriminación prohibida por la Constitución, además de los provocan la lesión de algún Derecho Fundamental, entendiendo la jurisprudencia que aquí se ubican las decisiones extintivas motivadas por el embarazo de la persona trabajadora. Aunque los efectos generales para ambos supuestos de nulidad son idénticos: reingreso en el puesto de trabajo y abono de los salarios de tramitación, para el segundo de los supuestos, en la medida en que la decisión extintiva comporta una lesión de un Derecho Fundamental, se ha previsto la satisfacción de una indemnización económica adicional por el daño moral causado, no predicándose dicha indemnización del primer supuesto de nulidad, al organizarse como una causa objetiva desconectada de la lesión de Derechos Fundamentales.

Palabras clave: Despido disciplinario de persona trabajadora embarazada. Transgresión de Derechos Fundamentales. Indemnización por daño moral.

Abstract: For the analysis of null dismissals due to pregnancy, it must be taken into consideration that the labor law differentiates whether the dismissal has occurred with a harmful purpose, that is, whether it has been precisely the circumstance of pregnancy that has caused the extinctive business reaction, or if, on the contrary, the

dismissal occurred during the pregnancy, chronologically during the pregnancy but without connection with it. The Workers' Statute, following this double protective purpose, provides for two different cases of nullity. Firstly, providing for a specific cause that considers void any dismissal that occurs during the time in which the worker is pregnant. It is a dismissal that entails nullity with absolute independence of the context in which the termination decision occurred and the business's knowledge of the circumstance of the pregnancy. In these situations, even the worker's lack of knowledge of her own pregnancy entails the nullity of the termination decision, because it is the very fact of dismissing a pregnant worker that makes the business decision null (or, where appropriate, admissible, with no possible alternative to being considered inadmissible). Secondly, and more generally (not only affecting the circumstance of pregnancy), dismissal that is motivated by any cause of discrimination prohibited by the Constitution is considered void, in addition to those caused by the injury of any Fundamental Right, understanding the jurisprudence that extinctive decisions motivated by the pregnancy of the worker are located here. Although the general effects for both cases of nullity are identical: reinstatement in the job and payment of processing salaries, for the second case, to the extent that the termination decision involves an injury to a Fundamental Right, it has provided for the satisfaction of additional economic compensation for the moral damage caused, said compensation not being predicated on the first case of nullity, as it is organized as an objective cause disconnected from the violation of Fundamental Rights.

Keywords: *Disciplinary dismissal of a pregnant worker. Transgression of Fundamental Rights. Compensation for moral damage.*

I. Introducción

La evolución de la tutela antidiscriminatoria en el ámbito laboral de las mujeres embarazadas, incluyendo en este término a las personas trans gestantes (art. 48.4-10 ET), ha pasado por diferentes etapas. Más de un cuarto de siglo de evolución normativa y jurisprudencial que ha transitado desde un mero reconocimiento de la situación de desigualdad estructural que han experimentado históricamente las mujeres en el ámbito laboral por esta causa, hasta el actual *status quaestionis* de protección, que además de implementar medidas antidiscriminatorias en el acceso al empleo o en su desarrollo efectivo, protege las decisiones extintivas del empresario en situaciones de embarazo por una doble vía.

En primer lugar, en lo que pudiéramos denominar 'causa objetiva', cuando la decisión extintiva empresarial se produce en algún momento del embarazo, cuando el despido 'coincide' temporalmente con el embarazo, dando categoría de nulidad, incluso, al despido acaecido sin que el empresario conozca la situación de embarazo de la persona trabajadora. Si la decisión extintiva coincide en el tiempo con el embarazo, el despido se cataloga de nulo, o de procedente, naturalmente. Sin más. Sin tener que avizorar un propósito discriminatorio o lesivo. Es la mera coincidencia temporal la que determina la consecuencia jurídica.

La segunda vía, que pudiéramos llamar 'antidiscriminatoria', protege a la persona trabajadora embarazada cuando la decisión extintiva se ha producido precisamente por la circunstancia del embarazo. En estos casos se presume que la decisión extintiva es discriminatoria y, además, lesiva de un Derecho Fundamental, por lo que a los efectos conocidos de la declaración de nulidad (reintegro al puesto de trabajo en idénticas condiciones a las que disfrutaba antes del despido, y percepción de los salarios de tramitación) se le adiciona una indemnización económica que tiene como pretensión reparar el daño moral que se presupone por la transgresión de Derechos Fundamentales. Es una vía privilegiada, por dos razones. Porque, en primer lugar, tutela más derechos que los relacionados con la permanencia en el puesto de trabajo

(los Derechos Fundamentales), y, en segundo lugar, porque con la sanción laboral pretende castigarse no sólo el resultado lesivo -la pérdida del empleo-, sino el propósito dañoso que anida en el empleador cuando reacciona con la decisión unilateral extintiva cuando conoce la circunstancia del embarazo.

De lo que se trata en el asunto analizado, es de diferenciar entre ambos supuestos y de cuestionar si la indemnización por daño moral es predicable únicamente para aquellos despidos en los que ha existido un propósito discriminatorio o una lesión de un Derecho Fundamental, o si, por el contrario, también lo es para los supuestos de nulidad objetiva del despido por embarazo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala IV.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1148/2023, de 12 de diciembre.

Tipo y número recurso: RCUd núm. 5556/2022.

ECLI:ES:TS:2023:5502

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema suscitado es sencillo. Una trabajadora embarazada es despedida de la empresa (junto con otros cinco trabajadores) por una causa disciplinaria no probada, en este caso por disminución continuada y voluntaria del rendimiento normal en el puesto de trabajo. La trabajadora, en el mismo momento del despido, cuando se le está entregando la carta, comunica al empleador que está embarazada.

El problema jurídico consiste en discernir si nos encontramos ante un supuesto de despido discriminatorio precisamente por la circunstancia de encontrarse embarazada, lo que conlleva una lesión de un Derecho Fundamental, o sí, por el contrario, estamos en presencia de un despido nulo (objetivo) por embarazo. Dependiendo de si estamos en un supuesto o en otro podremos adicionar a las consecuencias jurídicas de la nulidad la indemnización por daño moral.

La sentencia de instancia que resuelve la demanda de la trabajadora consideró nulo el despido, condenando a la empresa a las consecuencias legales tradicionales. La resolución de suplicación, que confirma la de instancia, considera acreditado que la demandada conoció el embarazo de la trabajadora después de entregarle la carta de despido, porque así se lo comunico expresamente la actora en ese preciso momento. Aprecia, y es un matiz muy importante, que del contexto en el que se ha producido el despido y el conocimiento empresarial del embarazo puede concluirse que no se ha vulnerado el derecho de la trabajadora al respeto a su vida privada y familiar, ni su derecho a fundar una familia, ni se le ha prohibido contraer matrimonio, ni se ha violentado su intimidad familiar. Entiende, en definitiva, que estamos en presencia de un supuesto de nulidad del despido por imperativo legal, por la concurrencia de una causa objetiva, que se produce por el hecho del embarazo, precisando que el despido nulo en estas circunstancias no provoca una lesión de un Derecho Fundamental, ni tampoco puede inferirse que se haya producido discriminatoriamente a efectos de la indemnización económica adicional del art. 183 LRJS pretendida.

Repara, y este es el arco de bóveda sobre el que se edifica la argumentación, que para que dicha indemnización adicional pueda operar en este tipo de despido nulos es necesario que se aporten indicios que permitan conectar causalmente la adopción de

la medida extintiva con la circunstancia del embarazo. Y dado que no ha quedado acreditada la existencia de una conducta de la empresa que haga patente que se la despiden por el hecho de estar embarazada, se entiende que estamos en presencia de un supuesto de nulidad objetiva. Es decir, no se aprecia en la conducta del empleador un propósito discriminatorio o lesivo de un Derecho Fundamental, ni siquiera se aprecia la existencia de un panorama indiciario de discriminación que permita que entren en el juego las singulares reglas probatorias de esta circunstancia.

IV. Posición de las partes

El recurso de casación unificada impetrado por la demandante aporta de contrasta la STSJ-SOC Madrid de 18 de junio de 2021 (rec. 286/21) que confirmó la declaración de nulidad del despido, reconociendo el derecho de la trabajadora a percibir una cantidad económica como indemnización derivada de la vulneración de sus Derechos Fundamentales al haber sido despedida disciplinariamente mientras se encontraba embarazada. La sentencia aprecia que la calificación de nulidad del despido como consecuencia del estado de embarazo deben entenderse discriminatoria en todo caso, por lo que resulta indiferente que la protección que otorga la nulidad derive de un previo acto de despido nulo por causa objetiva o subjetiva, intencional o no intencional, y ello, básicamente, porque lo que tenía que haber hecho el empresario para evitarlo es excluir cualquier propósito contrario al derecho fundamental en juego, es decir, tenía que haber logrado la procedencia del despido.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 55.5 Estatuto de los Trabajadores: *“Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora.*

Será también nulo el despido, en los siguientes supuestos: .../...

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a)...”

VI. Doctrina básica

En los supuestos de despido de una persona trabajadora embarazada debe diferenciarse si estamos en presencia de un despido con propósito discriminatorio, precisamente por la circunstancia de embarazo, o si, por el contrario, nos encontramos ante un despido que únicamente coincide con el tiempo de embarazo, pero sin conexión alguna, ni en su propósito ni en su contexto laboral, con dicho embarazo. En el primer supuesto el despido nulo es discriminatorio y provoca una lesión de los Derechos Fundamentales de la persona trabajadora embarazada, tutelándose además con las consecuencias legales a todo despido nulo, con una adicional indemnización económica reparadora del daño moral infligido. Pero en el segundo supuesto, en el de despido nulo objetivo en tiempo de embarazo, no procede dicha indemnización adicional.

VII. Parte dispositiva

Se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina, confirmando y declarando la firmeza de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia recurrida.

VIII. Pasajes decisivos

La Ley 39/1999, denominada "de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras" añadió *“al supuesto de nulidad ya contemplado en el art.55.5 ET para el caso de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, un nuevo supuesto que, en lo que aquí interesa, declara también la nulidad (“será también nulo” dice la Ley) del despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del periodo de suspensión, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no*

relacionados con el embarazo. Y lo hace sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario (a diferencia de lo que contempla la Directiva comunitaria), ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo. Tanto el sentido propio de las palabras, al enunciar un nuevo supuesto de nulidad adicional al previsto en el párrafo primero, al no contemplar otra excepción o condición a la declaración de nulidad que la procedencia del despido (ni siquiera la acreditación de una causa real, suficiente y seria, no discriminatoria, aún improcedente) y al delimitar el ámbito temporal de la garantía por referencia a "la fecha de inicio del embarazo" (ni siquiera a la fecha en que el embarazo sea conocido por la propia trabajadora, menos aún por el empresario), como la interpretación contextual del precepto en su relación con el párrafo primero -inmodificado- del mismo y la referida a la necesaria finalidad de innovación del ordenamiento jurídico que debe perseguir toda reforma legal, conducen a una interpretación del precepto como configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación".

"...la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios, los despidos "motivados" por razón de embarazo, lo que constituye uno de los principales desafíos a los que ha de hacer frente el derecho a la no discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales, y es lógico que así lo resalte el texto en el que se exponen los motivos de la norma. Pero que sea esa la finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio. Se configura así por el legislador un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional".

"Nuestra jurisprudencia ha caminado, como no podía ser de otra forma, por la misma senda interpretativa y aplicativa de los criterios señalados por el Tribunal Constitucional. Así en nuestra STS 942/2017, de 28 de noviembre (Rcd. 3657/2015) reseñamos expresamente que nuestra doctrina puede resumirse en los siguientes términos: a) La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo [artículo 14 CE], por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos... b) Para ponderar las exigencias que el Art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia, hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales. c) La protección de la mujer embarazada que instaura la Ley 39/1999...se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al empresario o de que éste deba tener conocimiento de la gestación por cualquier otra vía; es más, el ámbito temporal de la garantía, referida a "la fecha de inicio del embarazo"... , por fuerza excluye aquellos requisitos, pues en aquella fecha -a la que se retrotrae la protección- ni tan siquiera la propia trabajadora podía tener noticia de su embarazo. d) La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia [conocimiento empresarial], que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer. e) Todo ello lleva a entender que el precepto es "configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y

que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación”.

“De cuanto se lleva reseñado resulta lógico deducir lo siguiente: el despido, en este caso disciplinario, de una trabajadora embarazada puede ser, obviamente, declarado procedente. Ello acaecerá cuando, habiéndose seguido las formalidades legal o convencionalmente establecidas, los incumplimientos contractuales establecidos en la carta de despido hayan quedado acreditados y merezcan la consideración de graves y culpables en la terminología del Estatuto de los Trabajadores. En caso contrario, el despido será calificado como nulo en aplicación de la previsión específica establecida, como ya se ha visto, en el artículo 55.5 b) ET. En condiciones normales, tal despido debería recibir la calificación de improcedente con las consecuencias y efectos previstos en el artículo 56 ET. Pero en el caso de las trabajadoras embarazadas y en los demás supuestos previstos en las letras a), b) y c) del artículo 55.5 ET, la calificación del despido hade ser la de su nulidad con las consecuencias previstas en el apartado 6 del referido artículo 55 ET; esto es la readmisión y el abono de los salarios dejados de percibir. Por tanto, para las mujeres embarazadas la única alternativa en la calificación del despido es la de procedencia o nulidad en virtud de esa garantía reforzada analizada en el fundamento anterior”.

“Ahora bien, lo expuesto no excluye que a la trabajadora embarazada despedida se le pueda aplicar la previsión de nulidad establecida en el párrafo inicial del artículo 55.5 ET según el que será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas. En efecto, tal como explicamos en nuestra sentencia 286/2017, de 4 de abril, Rcd. 3466/2015 -referida a un supuesto de sometimiento a tratamientos de fecundación in vitro- y hemos reiterado recientemente en nuestra STS954/2023, de 8 de noviembre, Rcd. 2524/2021 -referida a una trabajadora en reducción de jornada por cuidado de hijo a quien se le vulnera la garantía de indemnidad- es posible la declaración de nulidad por la vía del apartado primero del artículo 55.5 ET cuando el despido tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas; en este caso, de la trabajadora embarazada. Para ello, la trabajadora deberá alegar los indicios necesarios para trasladar a la empresa la obligación probatoria, a la cual le corresponderá demostrar que su decisión de poner fin a la relación laboral se debe a causas ajenas a la lesión de un derecho fundamental de la trabajadora, en concreto en este caso, que no corresponde a discriminación por razón de sexo. Dicho en palabras de la norma (artículos 96.1 y 181.2 LRJS) le corresponderá al demandado “la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”, lo que sitúa al demandado frente a una doble posibilidad: o bien trata de probar que su comportamiento no ha provocado la violación de ningún derecho fundamental del trabajador o, por el contrario, tratar de demostrar que concurre algún tipo de circunstancia de entidad suficiente para justificar el acto empresarial que excluya cualquier sospecha de trato discriminatorio”.

“Lo contrario abocará a la nulidad del despido que no sólo conllevará los efectos previstos en el apartado 6 del artículo 55 ET (readmisión y salarios dejados de percibir), sino que además, en este caso, por mandato del artículo 183.1 LRJS, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados, previa declaración de la existencia de vulneración”.

“La doctrina correcta no se encuentra, por tanto, en la sentencia referencial, sino en la sentencia recurrida que ha considerado acreditado que no existen indicios de que el despido tuviera como móvil la discriminación por el hecho del embarazo de la mujer ni por cualquier otra causa prohibida, ni que implicara vulneración de derechos

fundamentales. Antes, al contrario, para la sentencia recurrida existen factores que apuntan en sentido distinto ya que consta como probado que la empresa se enteró del embarazo de la trabajadora en el momento de la entrega de la carta de despido y que su despido coincidió con el de otros cinco trabajadores. Por tanto, la sentencia recurrida, tras descartar que existiese un móvil discriminatorio en el despido, declaró su nulidad en aplicación del artículo 55.5 b) ET lo que implicó descartar la condena a una indemnización por daño moral derivado de una inexistente discriminación, aplicando los efectos típicos de toda declaración de nulidad: readmisión y condena a los salarios dejados de percibir”.

IX. Comentario

Pretender, como sostiene la sentencia utilizada de contraste en el recurso de casación, que ambos supuestos de nulidad del despido deben protegerse implementando las mismas consecuencias, es decir: las estatutarias a todo despido nulo más las indemnizatorias previstas en el art. 183 LRJS, puede patrocinar, aunque sea indirectamente, una desprotección del supuesto de despido más pernicioso para la consecución de la igualdad real entre hombre y mujeres y la ausencia de discriminación por la circunstancia de embarazo. Porque, siendo evidente que el despido discriminatorio directo por embarazo genera una lesión de un Derecho Fundamental, y siéndolo también que el sistema de protección complementario que organiza el artículo 183 de la LRJS implementa un nivel de protección adicional al estándar de cualquier despido nulo, la concesión de dicha indemnización para todos los despidos nulos por embarazo eliminaría cualquier diferencia en el trato que el ordenamiento responde a agresiones que tienen, es también muy evidente, diferente nivel lesivo, tanto desde el punto de vista individual como colectivo. Por decirlo más sencillamente, si todos los despidos nulos generan las mismas consecuencias indemnizatorias, no hay, en realidad, diferencia entre los diferentes tipos de despido, no hay diferencia en las consecuencias que provocan.

La concesión, únicamente para los despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales de la indemnización adicional por daño moral es una solución bastante razonable, que ayuda a diferenciar supuestos (despidos por embarazo) que provocan consecuencias distintas (lesión o no de Derechos Fundamentales).

La semántica puede ayudar a fijar con total pulcritud ambos supuestos, si la empleamos correctamente. En un supuesto, en el de despido discriminatorio, se ha despedido “por” estar embarazada, precisamente por estarlo, implementando una respuesta directa -el despido- a una circunstancia personal que tiene que ser especialmente protegida. En el supuesto de despido objetivo por embarazo, se ha despedido “estando” embarazada, coincidiendo en el tiempo de embarazo, pero sin más propósito que la extinción del contrato de trabajo. Por eso, precisamente, es una circunstancia objetiva radical, lo que permite albergar supuestos de nulidad por embarazos no conocidos por el empresario, e incluso, embarazos no conocidos por la propia trabajadora. En el primer supuesto, estamos ante un propósito empresarial directo, en el segundo, ante una coincidencia meramente temporal.

La pregunta que podríamos formular para discernir ambos supuestos sería la siguiente: ¿Habría despedido igualmente el empresario a la persona trabajadora sabiendo que no se encontraba embarazada? Si la respuesta es sí, estamos en presencia de un despido nulo objetivo; si la respuesta es no, estamos ante un despido con un claro fin discriminatorio y el lesivo que funciona como reacción al conocimiento empresarial de la circunstancia.

X. Apunte final

Aunque probablemente la nueva situación de nacimiento para los dos progenitores, que sustituye a la de maternidad y a la de paternidad, haya supuesto un avance en la evitación de que la maternidad constituya el problema más importante con el que se enfrenten las mujeres trabajadoras en lo que importa a la igualdad laboral y su

discriminación en el empleo, es seguro que no resuelve todos los problemas discriminatorios en situaciones relacionadas de embarazo y el cuidado de la prole.

Desde la perspectiva extintiva la interpretación que propone la resolución comentada complejiza el entendimiento de la lectura del ET. Porque hay que proyectar una elucidación un tanto forzada para extraer de él todos sus matices. Reflexión que puede extenderse a todos los artículos que regulan el despido y sus consecuencias en el ET. En tiempos de grandes modificaciones legislativas laborales quizá pueda ser un buen momento para aclarar el precepto desde un punto de vista terminológico, abordando además algunos otros motivos de nulidad (la recuperación del de sin causa), y trayendo al texto del ET la nulidad del despido por enfermedad que se recoge en el art. 26 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Reorganizar el despido disciplinario y sus consecuencias en el pretendido Estatuto de las personas trabajadoras del Siglo XXI.

§ 9 La distribución irregular de la jornada está sujeta, en todo caso, al plazo mínimo de preaviso de cinco días.

María Areta Martínez

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

Resumen: La SAN-SOC núm. 138/2023, de 20 de diciembre, recuerda que la jornada laboral tiene una doble dimensión, cuantitativa (número de horas de trabajo) y cualitativa (distribución de las horas de trabajo), y que la distribución irregular de la misma va referida a cualquiera de las dos dimensiones. La Sala recuerda que el plazo mínimo de preaviso de 5 días que fija el artículo 34.2 del ET se aplica en todo caso; también cuando la distribución irregular de la jornada se articula por convenio colectivo y alcanza a su dimensión cualitativa. Así, es nula la disposición convencional que fija un plazo de preaviso inferior a 5 días (en este caso, 24 horas) para preavisar la distribución irregular cualitativa de la jornada.

Palabras clave: Dimensión cualitativa de la jornada laboral. Distribución irregular de la jornada laboral. Convenio colectivo. Preaviso.

Abstract: La répartition irrégulière de la journée de travail ordinaire tout au long de l'année peut être convenu dans une convention collective ou, en l'absence de prévoyance à ce sujet, par accord entre l'entreprise et les représentants des travailleurs. En l'absence d'accord, il est possible que l'entreprise ait appliqué une répartition irrégulière de la journée de travail ordinaire jusqu'à un maximum de 10 pour 100 de la journée de travail annuelle établie. Dans tout cas-là, le travailleur doit être averti, au moins 5 jours en avant.

Keywords: Répartition irrégulière de la journée de travail ordinaire tout au long de l'année. Convention collective. Préavis.

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la SAN-SOC núm. 138/2023, de 20 de diciembre (ECLI:ES:AN:2023:6622), que resuelve una demanda sobre impugnación de convenio colectivo. Concretamente, se insta la nulidad del punto 4.1.párrafo 2º de la Cláusula II del II Convenio Colectivo de la Compañía Española de Petróleo, SA, para sus refinerías de San Roque (Cádiz), La Rábida (Huelva) y Santa Cruz de Tenerife (Código convenio núm. 90100301012016).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 138/2023, de 20 de diciembre.

Tipo y número de procedimiento: procedimiento de impugnación de convenio colectivo núm. 197/2023.

ECLI:ES:AN:2023:6622

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Gil Plana.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El punto 4.1.párrafo 2º de la Cláusula II del II Convenio Colectivo de la Compañía Española de Petróleo, SA, para sus refinerías de San Roque (Cádiz), La Rábida (Huelva) y Santa Cruz de Tenerife (Código convenio núm. 90100301012016), establece que cuando concurren necesidades del servicio u otra razón similar, la Dirección del centro de trabajo podrá determinar el pase del personal al régimen de turno rotativo, al turno A-V, al normal si estuviera a turno o cambiar entre cualquiera de los turnos autorizados. Este cambio de turno deberá notificarse al personal con, al menos, 24 horas de antelación. La cuestión consiste en determinar si tal previsión convencional constituye una distribución irregular de la jornada, con la consiguiente lesividad del artículo 34.2.párrafo 2º del ET, que fija un plazo de preaviso de 5 días para comunicar al personal afectado el día y la hora de la prestación de trabajo que resulta tras la distribución irregular de la jornada adoptada por la empresa.

IV. Posiciones de las partes

1. La parte demandante (sindicato STR)

El sindicato demandante STR (Sindicato de Trabajadores) insta la nulidad del punto 4.1 de la Cláusula II del II Convenio Colectivo de Compañía Española de Petróleos, SA, para sus refinerías de San Roque (Cádiz), La Rábida (Huelva) y Santa Cruz de Tenerife, por considerar que conculca lo dispuesto en los artículos 34.2 y 41.1 del ET. El Sindicato considera que la referida disposición convencional, al permitir al empresario adoptar el cambio de jornada fija a jornada a turnos y viceversa con una antelación mínima de 24 horas previa causa justificada, contraviene el preaviso mínimo de 5 días establecido en el art. 34.2.párrafo 2º del ET para los casos de distribución irregular de la jornada.

Los sindicatos Comisiones Obreras Industria (CC.OO.-Industria), Unión General de Trabajadores Federación Industria y Trabajadores Agrarios (UGT-FITAG) y Federación de Industria de la Unión Sindical Obrera (USO-Industria) se adhieren a la demanda.

2. La parte demandada (empresa)

La empresa demandada, Compañía Española de Petróleos SA (CEPSA), plantea la excepción procesal de inadecuación de procedimiento por entender que las pretensiones deducidas en el suplico de la demanda responden a un conflicto de intereses y no un conflicto jurídico. La empresa considera que, al no aceptarse en el proceso de negociación del nuevo Convenio Colectivo la pretensión sindical de fijar el preaviso en cinco días, se acude a la jurisdicción social para que una sentencia dé la razón al sindicato demandante, poniéndolo en una mejor posición negociadora.

En relación con la cuestión de fondo planteada, la empresa demandada considera que la previsión convencional impugnada (punto 4.1 de la Cláusula II del Convenio Colectivo) no regula la distribución irregular de la jornada sujeta al preaviso de 5 días, sino una modificación del horario de trabajo (fija o a turnos) sujeta al preaviso de 24 horas. La empresa añade que la propia estructura de la Cláusula II impugnada pone de manifiesto que la distribución irregular de la jornada se contempla en otro punto

distinto al impugnado, afirmando que en la meritada Cláusula: el punto 1 contempla la jornada de trabajo, el punto 2 la distribución regular jornada de trabajo, el punto 3 la distribución irregular de la jornada de trabajo y el punto 4 impugnado los horarios de trabajo.

3. Ministerio Fiscal

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 165.4 de la LRJS, el Ministerio Fiscal es parte en este proceso. Tras rechazar la excepción de inadecuación de procedimiento, el Ministerio Fiscal insta la estimación de la demanda por considerar que el punto 4.1 de la Cláusula II del Convenio Colectivo contraviene el artículo 34.2 del ET. El Ministerio Fiscal considera que la referida disposición convencional introduce un cambio en la regularidad de la jornada, lo cual evidencia que se trata de un supuesto de distribución irregular de la jornada que ha de estar sujeto al plazo mínimo de preaviso de 5 días contemplado en la norma estatutaria.

V. Normativa aplicable al caso

La SAN-SOC núm. 138/2023 fundamenta el Fallo en la normativa y jurisprudencia señaladas a continuación:

Normativa vigente aplicable al caso:

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) (BOE núm. 255, de 24 octubre 2015). El artículo 34.2 del ET dispone:

Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella.

La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.

- El Convenio Colectivo de la Compañía Española de Petróleo, SA, para sus refinerías de San Roque (Cádiz), La Rábida (Huelva) y Santa Cruz de Tenerife (Código convenio núm. 90100301012016) (BOE núm. 264, de 6 octubre 2020). Punto 4.1 de la Cláusula II:

Los horarios de trabajo serán los que, para cada centro de trabajo, se encuentran establecidos o se establezcan en el futuro, de acuerdo con la legalidad vigente. El establecimiento de otros horarios distintos de los actualmente autorizados o los previstos en este Convenio, se hará por acuerdo entre la Dirección del Centro y la Representación de los/las Trabajadores/as del personal afectado y, de no lograrse, se someterá conforme el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, y tal como se pacta en este Convenio, a resolución de la Jurisdicción Laboral competente.

Previo aviso, como mínimo, de 24 horas de antelación, el personal estará obligado a pasar al régimen de turno rotativo, al turno A-B, al normal si estuviera a turno y cambiar entre cualquiera de los autorizados en el centro, cuando lo requieran las necesidades del servicio u otra razón similar, a juicio de la Dirección del centro, o cuando sea la persona destinada a cualquier otro puesto de su nivel salarial o superior que requiera cambiar el horario habitual anterior. Estos cambios de horarios, entre los autorizados en el centro, no se considerarán modificaciones de condiciones de trabajo.

El horario del personal a Turno Rotativo y los miembros del Equipo de Refuerzo se regirá por lo dispuesto al efecto en el Capítulo V, del Convenio Colectivo.

Jurisprudencia aplicable al caso:

- Sobre la dimensión cuantitativa de la jornada: STS, Sala Social, de 21 de octubre de 1994 (RCO núm. 600/1994. ECLI:ES:TS:1994:6775).
- Sobre la distribución irregular cuantitativa de la jornada: STS-SOC núm. 73/2021, de 9 de febrero (RCO núm. 111/2019. ECLI:ES:TS:2021:470).
- Sobre la distribución irregular cualitativa de la jornada: STS, Sala Social, de 19 de noviembre de 2002 (RCO núm. 58/2002. ECLI:ES:TS:2002:7664).
- Sobre la distribución irregular de la jornada articulada por convenio colectivo de forma estática: STS, Sala Social, de 19 de noviembre de 2002 (RCO núm. 58/2002. ECLI:ES:TS:2002:7664).
- Sobre la existencia de distribución irregular de la jornada tomando como parámetro temporal un lapso inferior a la semana: STS-SOC núm. 857/2019, de 11 de diciembre de 2019 (RCUD 147/2018. ECLI:ES:TS:2019:4305).
- Sobre el plazo de preaviso de 5 días aplicable a la distribución irregular de la jornada prevista en convenio colectivo: 1) STS, Sala Social, de 16 de abril de 2014 (RCO núm. 183/2013. ECLI:ES:TS:2014:1963); y 2) STS-SOC núm. 857/2019, de 11 de diciembre (RCO núm. 147/2018. ECLI:ES:TS:2019:4305).

VI.Doctrina básica

La Sala de lo Social de la AN dictamina:

- **Sobre la excepción procesal de inadecuación de procedimiento.** La pretensión contenida en la demanda tiene encaje en la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, ex artículo 163 y siguientes de la LRJS, cuando se cuestiona si la cláusula de un convenio colectivo estatutario se ajusta al ET. En el caso ahora enjuiciado, la demanda tiene encaje en referida modalidad procesal porque se cuestiona si el punto 4.1.párrafo 2º de la Cláusula II del II Convenio Colectivo de la Compañía Española de Petróleo, SA, para sus refinerías de San Roque (Cádiz), La Rábida (Huelva) y Santa Cruz de Tenerife (Código convenio núm. 90100301012016), se ajusta al art. 34 del ET.
- **Sobre la doble dimensión de la jornada de trabajo en orden a determinar la distribución irregular.** La jornada de trabajo tiene una doble dimensión, cuantitativa y cualitativa. La distribución irregular de la jornada puede alcanzar tanto a la dimensión cuantitativa como a la dimensión cualitativa de la jornada.
- **Sobre la forma dinámica (flexible) y la forma estática (rígida) de articular la distribución irregular de la jornada.** La autonomía colectiva puede articular la distribución irregular de la jornada de forma dinámica (flexible) o de forma estática (rígida). Por su parte, la distribución irregular de la jornada adoptada unilateralmente por la empresa es dinámica (flexible), salvo que, al inicio del año, el empresario predetermine cuándo va a hacer uso de ella.

- **Sobre la inexistencia de un parámetro temporal mínimo para fijar la distribución irregular de la jornada.** La distribución irregular de la jornada se producirá a lo largo del año y puede ser apreciada en módulos temporales inferiores a la semana.
- **Sobre el plazo de preaviso de la distribución irregular de la jornada.** La distribución irregular de la jornada está sujeta en todo caso a un plazo mínimo de preaviso de 5 días; se trata de una norma de derecho necesario relativo. El convenio colectivo puede ampliar el plazo de preaviso, pero nunca reducirlo; resulta nula la cláusula convencional que fija un plazo inferior a 5 días para preavisar la distribución irregular de la jornada.

VII. Parte dispositiva

La SAN-SOC núm. 138/2023, de 20 de diciembre, ha decidido:

- **Primero.** Desestimar la excepción procesal de inadecuación de procedimiento planteada por la empresa Compañía Española de Petróleos, SA (CEPSA).
- **Segundo.** Estimar la demanda interpuesta por el Sindicato de Trabajadores (STR) contra la empresa CEPSA, a la que se han adherido los sindicatos USO-Industria, CC.OO.-Industria y UGT-FITAG.
- **Tercero.** Declarar la nulidad punto 4.1.párrafo 2º de la Cláusula II del II Convenio Colectivo de la Compañía Española de Petróleo, SA, para sus refinerías de San Roque (Cádiz), La Rábida (Huelva) y Santa Cruz de Tenerife (Código convenio núm. 90100301012016).

VIII. Comentario

La sentencia SAN-SOC núm. 138/2023 destaca por su orden y claridad expositiva; dicho de otro modo: resulta muy didáctica al abordar el significado y alcance de los elementos que configuran la distribución irregular de la jornada laboral, apoyándose para ello en la jurisprudencia.

1. Consideraciones previas

La Sala de lo Social de la AN realiza tres consideraciones antes de abordar la cuestión de fondo planteada; son las siguientes:

Primera consideración previa: la jornada tiene una doble dimensión, cuantitativa y cualitativa, de modo que la distribución irregular de la misma puede alcanzar a cualquiera de las dos dimensiones. La dimensión cuantitativa de la jornada hace referencia a la cantidad de horas que se obliga a prestar el trabajador en cualquiera de los módulos temporales que se puedan utilizar inferiores al año. Por su parte, la dimensión cualitativa de la jornada hace referencia a la colocación de esa cantidad de horas de trabajo a lo largo de cualquiera de los referidos módulos temporales.

Segunda consideración previa: la ausencia de un concepto legal de distribución irregular de la jornada de trabajo. Ante el silencio del artículo 34.2 del ET, la Sala de lo Social de la AN define la distribución irregular de la jornada como todo supuesto en el que no hay una colocación uniforme e igual tanto de la cantidad de horas de trabajo (jornada cuantitativa) como de su distribución (jornada cualitativa) a lo largo de cualquiera de los módulos temporales que se puedan tomar en consideración inferiores al año.

Tercera consideración previa: no existe un parámetro temporal mínimo para apreciar la existencia de distribución irregular de la jornada de trabajo; esta se

realizará a lo largo del año, pudiendo ir referida a un parámetro temporal inferior a la semana.

2. *La distribución irregular de la jornada de trabajo como medida laboral de flexibilidad interna en la empresa*

La distribución irregular de la jornada se configura como una medida laboral de flexibilidad interna, que permite la adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades y circunstancias concretas de la empresa. Merece la pena apuntar, siquiera sea brevemente, la evolución normativa que ha experimentado la figura jurídica en cuestión:

- **Reforma laboral de 1994 (Ley 11/1994).** La distribución irregular de la jornada se incorporó por vez primera en el artículo 34.2 del ET de 1980 tras la reforma operada por el artículo 4.1 de la Ley 11/1994. La redacción inicial del precepto estatutario fue la siguiente: *Mediante convenio colectivo, o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en esta Ley.*
- **Reforma laboral de 2011 (Real Decreto-ley 7/2011).** El artículo 2.1 del Real Decreto-ley 7/2011 modificó el artículo 85.3 del ET de 1995, referido al contenido mínimo del convenio colectivo, para señalar que este debía incorporar, entre las medidas para contribuir a la flexibilidad interna en la empresa *Un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo que podrá distribuirse de manera irregular a lo largo del año. Salvo pacto en contrario, este porcentaje será de un cinco por ciento [artículo 85.3.i).1º ET de 1995].*
- **Reforma laboral de 2012.** El artículo 85.3.i) del ET de 1995 fue suprimido por el artículo 2.1 del Real Decreto-ley 3/2012 y posteriormente por el artículo 14.4 de la Ley 3/2012. Sin embargo, en relación con el artículo 34.2 del ET de 1995, el Real Decreto-ley 3/2012 y la posterior Ley 3/2012 lo modificaron de distinto modo:
- El artículo 9 del Real Decreto-ley 3/2012 amplió el contenido del artículo 34.2 del ET de 1995, quedando ordenado en dos párrafos:

Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 5 por ciento de la jornada de trabajo.

Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley.

- El artículo 9 de la Ley 3/2012 modificó y amplió la redacción del artículo 34.2 del ET dada por el Real Decreto-ley 3/2012, que pasó a ser la siguiente:

Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella

- **Reforma laboral de 2013.** El artículo 1.3 del Real Decreto-ley 16/2013 amplió el contenido del artículo 34.2 del ET de 1995, incorporando un tercer párrafo:

Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquélla.

La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.

3. Las vías para articular la distribución irregular de la jornada

El artículo 34.2.párrafo 1º del ET habilita tres vías para articular la distribución irregular de la jornada:

Primera vía: mediante convenio colectivo. En el caso ahora enjuiciado, la distribución irregular de la jornada se ha articulado vía convenio colectivo de empresa.

Segunda vía: mediante acuerdo alcanzado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Segunda vía: por decisión de la empresa, que tiene la facultad de modificar unilateralmente la organización de la jornada de los trabajadores. Conviene diferenciar la distribución irregular de la jornada adoptada unilateralmente por la empresa (artículo 34.2 ET) de la modificación sustancial de condiciones de trabajo que afecta a jornada/horario [artículos 41.1.párrafo 2º.a) y b) ET].

Varias consideraciones al respecto:

Primera consideración: las tres vías señaladas no son alternativas, sino que se aplican de manera subsidiaria. Así, la distribución irregular de la jornada podrá articularse mediante acuerdo de empresa cuando nada diga al respecto el convenio colectivo, y por decisión unilateral de la empresa cuando no haya previsión sobre el particular en convenio colectivo ni se alcance acuerdo de empresa. La STS-SOC núm. 1043/2021, de 20 de octubre (RCO núm. 128/2021. ECLI:ES:TS:2021:3918), dictamina que la distribución irregular de la jornada es lícita cuando, no superando el 10 % de la jornada a lo largo del año, es adoptada unilateralmente por la empresa si no alcanza acuerdo con los representantes de los trabajadores.

Segunda consideración: la distribución irregular de la jornada, ex artículo 34.2 del ET, no puede articularse mediante acuerdo individual entre la empresa y el trabajador (autonomía individual). Las únicas vías habilitadas para fijar la distribución irregular de la jornada son la autonomía colectiva (convenio colectivo, acuerdo de empresa) y la decisión unilateral de la empresa.

Tercera consideración: el artículo 34.2 del ET de 1980 no permitía que la distribución irregular de la jornada pudiera adoptarse por decisión unilateral de la empresa. Hubo que esperar a la reforma laboral de 2012. Concretamente, el artículo 9 del Real Decreto-ley 3/2012 incorporó un inciso final en el artículo 34.2.párrafo 1º del ET de 1995 para señalar que, a falta de previsión en convenio colectivo o acuerdo de empresa, la empresa quedaba facultada *para distribuir de manera irregular a lo largo del año el 5 por ciento de la jornada laboral*. Este porcentaje se elevó del 5 % al 10 %

por el artículo 9 de la Ley 3/2012, y desde entonces se ha mantenido sin cambios hasta la actualidad. Esta facultad del empresario es una manifestación del *ius variandi* (artículo 20.2 ET) porque no está sujeta a límite causal ni tampoco a más límite procedimental que la observancia del plazo de preaviso de 5 días.

Cuarta consideración: mientras la autonomía colectiva puede configurar la distribución irregular de la jornada de forma estática (rígida) o de forma dinámica (flexible), la distribución irregular de la jornada adoptada por decisión unilateral de la empresa es normalmente dinámica, salvo que predetermine al inicio del año cuándo va a hacer uso de la misma. La SAN ahora analizada indica que *estamos ante una distribución convencional estática cuando el convenio establece de antemano la jornada anual distribuyendo de forma desigual bien la cantidad de trabajo o bien su distribución, tomando como referencia cualquiera de los parámetros temporales inferiores al año*. Por su parte, la distribución convencional dinámica, señala la SAN, *es aquella en la que el convenio habilita el uso de la distribución irregular, pero no la concreta a determinados y prefijados módulos temporales, sujetando la posibilidad de recurrir a ella a una variada gama de supuestos*. En el caso ahora examinado, la distribución irregular de la jornada: 1) alcanza a la dimensión cualitativa de la jornada, 2) es convencional y 3) de carácter dinámico.

4. El preaviso de la distribución irregular de la jornada como norma de derecho necesario relativo

Uno de los límites de derecho necesario que debe respetarse en todo caso al adoptar la distribución irregular de la jornada es el referido al plazo de preaviso. Este límite se configura en los términos siguientes:

Primera idea: finalidad del preaviso. La finalidad del preaviso es poner en conocimiento del trabajador la nueva distribución de su jornada laboral (día y hora) para que, entre otras cosas, pueda reorganizar con la debida antelación su vida personal y familiar. En este sentido, el preaviso se configura como mecanismo que garantiza la tutela de un derecho de dimensión constitucional, como es el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. El preaviso resulta necesario máxime si se tiene en cuenta que la distribución irregular de la jornada es imperativa para el trabajador.

Segunda idea: origen del preaviso. Entre 1994 y 2012, el ET vino regulando la distribución irregular de la jornada sin sujeción a plazo de preaviso. Fue a partir de la reforma operada por la Ley 3/2012 cuando el artículo 34.2 del ET de 1995 incorporó por vez primera el preaviso. La exigencia de preaviso se ha mantenido desde 2012 hasta la actualidad.

Tercera idea: plazo de preaviso. El artículo 34.2 del ET fija el plazo de preaviso en 5 días. Este plazo ha sido siempre el mismo desde su incorporación en 2012. Dado que la norma estatutaria no precisa si los 5 días son naturales o laborales, cabe entender que son naturales por aplicación analógica del artículo 5.2 del Código Civil, según el cual: *En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles*.

Cuarta idea: forma del preaviso. El artículo 34.2 del ET no exige que el preaviso se haga de una forma determinada (escrita, verbal). No obstante, en aras de la seguridad jurídica y de su finalidad, lo más acertado sería que la empresa comunicara al trabajador la distribución irregular de su jornada no solo con la debida antelación (5 días como mínimo), sino también por escrito. En cualquier caso, el preaviso oral no resultaría, *stricto sensu*, contrario a Derecho.

Quinta idea: preaviso como norma de derecho necesario relativo. El preaviso de 5 días ha de respetarse en todo caso: 1) con independencia de que la distribución irregular de la jornada alcance a su dimensión cuantitativa o a la cualitativa, y 2) cualquiera que sea la vía utilizada para articular la distribución irregular de la jornada (convenio colectivo, acuerdo de empresa, decisión unilateral de la empresa). En este sentido, el convenio colectivo debe respetar en todo caso el preaviso de 5 días, pudiendo ampliar dicho plazo (como norma más favorable, ex artículo 3.5 ET), pero

nunca reducirlo ni hacerlo desaparecer. En el caso ahora enjuiciado, una vez aclarado que la disposición convencional impugnada ordena *una pléyade de supuestos* de distribución irregular cualitativa de la jornada, la Sala de lo Social de la AN termina dictaminando que no se ajusta a Derecho porque reduce el plazo de preaviso de 5 días a 24 horas.

Sexta idea: consecuencias jurídicas que lleva aparejadas la inobservancia del preaviso. La cláusula convencional que no respeta el plazo de preaviso de 5 días recogido en el artículo 34.2 del ET resulta nula; esto es lo sucedido en el caso ahora examinado. Cabe entender que, si la cláusula convencional resulta nula, la distribución irregular de la jornada ordinaria anual podrá articularse entonces vía acuerdo de empresa o, en su defecto, por decisión unilateral de la empresa. Cuestión distinta es qué sucede cuando el empresario no observa el plazo de preaviso legal o convencionalmente establecido. El artículo 34.2 del ET guarda silencio al respecto.

IX. Apunte final: sobre la anunciada reforma del artículo 34 del ET

Desde 1994, la distribución irregular de la jornada ordinaria de trabajo se ha venido configurando como una medida laboral de flexibilidad interna en la empresa a partir de lo dispuesto en el art. 34.2 del ET (de 1980, 1995 y 2015). El vigente artículo 34.2 del ET incorpora y mantiene la redacción adoptada tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 16/2013; dicho de otro modo; la regulación de esta medida se ha mantenido sin cambios desde 2013. No obstante, cabe pensar que dicha regulación será revisada e incluso modificada a la vista de la anunciada reforma del artículo 34 del ET. El jueves, 22 de febrero de 2024, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó sin modificaciones (con 169 votos a favor, 33 votos en contra y 142 abstenciones) la Proposición no de ley relativa a la reducción de la jornada máxima legal de trabajo ordinario (número de expediente 162/000129) presentada por el Grupo Parlamentario SUMAR y cuyo texto es el siguiente:

El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a abrir con carácter urgente un proceso de diálogo social que culmine con la modificación del artículo 34 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, así como de todas aquellas disposiciones pertinentes, para incorporar una reducción de la jornada laboral de aplicación progresiva, empezando por la fijación, para este año 2024, de una jornada máxima ordinaria de trabajo efectivo de 38 horas y media.

Habrà que seguir muy de cerca el proceso de diálogo social sobre la reforma del artículo 34 y concordantes del ET para conocer si finalmente alcanza, más allá de la jornada ordinaria máxima, a la distribución irregular de la jornada ordinaria.

§ 10 El principio de proporcionalidad como exigencia de la videovigilancia en el marco empresarial.

Susana Rodríguez Escanciano

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

Resumen: Aun cuando el art. 20.3 ET habilita a la empresa para adoptar un amplio abanico de medidas de control, tanto por motivos de estricta seguridad, como para comprobar el cumplimiento de sus deberes por parte de los trabajadores, lo cierto es que esta facultad no es ilimitada, quedando sometida a los márgenes del principio de proporcionalidad que convierte en ilícito un sistema de monitorización constante.

Palabras clave: Cámaras. Poder de control. Intimidad. Protección de datos.

Abstract: Although art. 20.3 ET allows the company to adopt a wide range of control measures, both for reasons of strict security and to check workers' compliance with their obligations, the truth is that this power is not unlimited, and is subject to the rules of the principle of proportionality, which makes a system of permanent monitoring illegal.

Keywords: Cameras. Power of control. Privacy. Data protection.

I. Introducción

Cierto es que las nuevas tecnologías facilitan infinitas posibilidades de control empresarial a través de la utilización de micrófonos, geolocalización, seguimiento de correos electrónicos y navegaciones por internet, tarjetas electrónicas, contadores de pasos, lectores digitales, interacción del ratón, cookies, sensores, microchips, wearables, ropa inteligente o, por no seguir, videovigilancia. No menos cierto resulta que su implementación puede brindar informaciones exhaustivas sobre el rendimiento, la cantidad y calidad de las tareas realizadas, el tiempo empleado, las interrupciones habidas y su frecuencia, los patrones de comportamiento y, también, la personalidad de las personas trabajadoras, dando forma a una perfecta trazabilidad de sus conductas presentes y futuras hasta el punto de hacerse plenamente transparentes, tensionando la autonomía privada y los derechos de la personalidad.

Es necesario, por tanto, buscar un punto de equilibrio entre la dignidad personal y los derechos fundamentales (intimidad, propia imagen, secreto de las comunicaciones y protección de datos) de las personas trabajadoras, de un lado, y el ejercicio del poder de supervisión empresarial, de otro. Tal propósito ha llevado a superar la técnica equidistante del conocido "principio de proporcionalidad" para pasar a reconocer, a la luz de la Ley 3/2018, de 5 de noviembre, de Protección de Datos Personales (LOPDyGDD), un elenco de "derechos digitales de los trabajadores". En concreto, esta Ley reconoce el derecho de la intimidad de los trabajadores tanto en el uso de los dispositivos informáticos puestos a disposición por su empresario (art. 87), como frente al recurso a los mecanismos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar

de trabajo (art. 89) o también a raíz del establecimiento de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (art. 90), sin dejar de mencionar la posibilidad de desconexión de la persona trabajadora para respetar sus tiempos de descanso (art. 88).

En concreto, el art. 89 LOPDyGDD exige a los empleadores, como regla general, que informen "con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores... y, en su caso, a sus representantes", acerca del control establecido a través de cámaras o videocámaras, esto es, alerten sobre el tratamiento de las imágenes. Recoge, por tanto, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 17 de octubre de 2019, en el asunto *López Ribalta II*, que procede a deslegitimar la videovigilancia encubierta, pues exige información previa de la supervisión practicada. Ahora bien, el cumplimiento de este principio no solo debe combinarse con el resto de exigencias de la LOPDyGDD sino con la aplicación del test de proporcionalidad.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1517/2923, de 7 de noviembre.

Tipo y número recurso: Recurso de suplicación núm. 821/2023.

ECLI:ES:TSJCLM:2023:2455

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilma. Sr. Dña. Luisa María Gómez Garrido.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El pronunciamiento judicial analizado resuelve un recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Albacete de 2 de marzo de 2023, que considera que el sistema de videovigilancia instalado en la empresa vulnera el derecho a la intimidad del trabajador, ordenando el cese inmediato de la actuación a través de la retirada de las cámaras y condenando a las corporaciones codemandadas, solidariamente, a abonar al demandante la cuantía de 30.001 euros en concepto de indemnización por los daños morales sufridos.

Los hechos probados pueden resumirse en los siguientes hitos:

1.-El trabajador viene prestando servicios para el grupo de empresas demandado mediante un contrato indefinido desde 2017. En 2019 fue despedido, siendo tal despido declarado nulo por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Albacete, de 2 de mayo de 2022, revocada por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 18 de noviembre de 2022, que declara la improcedencia del despido, condenando a las empresas codemandadas, a su opción, bien a readmitir al trabajador con abono de salarios de tramitación, o bien a indemnizarle en la cantidad de 6.238,36 euros. Por Decreto de 17 de enero de 2023, se tiene por desistido al actor de su demanda de ejecución.

2.- El asalariado se incorporó a su puesto el 1 de junio de 2022, recibiendo como instrumentos de trabajo un ordenador portátil y un teléfono móvil. Dicha entrega se acompaña de un documento en el que hacen las siguientes indicaciones: a) Son propiedad exclusiva de la empresa las herramientas informáticas para el desempeño de la actividad laboral (ordenadores, cuenta de correo electrónico, internet, dispositivos de telefonía móvil, smartphones, etc.), incluyendo un compromiso de utilización para fines estrictamente profesionales y de forma responsable con respeto a las normas de confidencialidad y seguridad de la información. b) Se realizarán

controles periódicos y registros con el fin de comprobar su uso adecuado y evitar conductas del personal de las que pudieran derivarse responsabilidades empresariales, pudiendo adoptar las medidas disciplinarias adecuadas según los parámetros de los protocolos de la compañía, normativa legal y convencional, en caso de utilización inapropiado del equipo informático. c) Es posible acceder a dicho dispositivo informático en el caso de no encontrarse el trabajador en su puesto de trabajo y ser necesario para garantizar la actividad laboral y la continuidad del negocio, recordando que regularmente, sin previo aviso, se realizará una monitorización de los accesos a internet, pudiendo controlar sitios visitados, historiales descargados o cargados, tiempo de conexión, páginas más visitadas, etc. d) La compañía se reserva el derecho de restringir, suspender o terminar el servicio de internet sin notificación, si concurren riesgos técnicos sobre los sistemas y redes de la organización, pudiendo establecer filtros que impidan visitar determinadas páginas de internet no autorizadas o relacionadas con páginas no autorizadas. e) Los utensilios y el vehículo que la empresa ponga a su disposición estarán dotados de un sistema de localización GPS, que deberá permanecer activo durante la jornada laboral, pudiendo realizar en cualquier momento monitorización de su localización con la finalidad de velar por el cumplimiento de las directrices empresariales y por el cumplimiento del correcto uso del vehículo.

3.- El trabajador se niega a firmar dicho documento.

4.- El día 14 de junio de 2022 el actor recibe otro escrito con el siguiente tenor literal: "Abastecimientos energéticos informa a los trabajadores que sus instalaciones están protegidas por un sistema de videovigilancia, que cumple con los requisitos exigidos por la normativa vigente. El personal es consciente y acepta expresamente con la firma del presente documento, que están instaladas cámaras de vigilancia, que siempre y en todo momento respetarán el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen, la vida personal en el entorno laboral y el derecho fundamental a la protección de datos en relación con los espacios vetados. De conformidad con lo establecido en el artículo 89 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los derechos digitales, informamos que la empresa utilizará los sistemas de captación de imagen para el ejercicio de funciones de control de los trabajadores en el cumplimiento de sus obligaciones laborales de acuerdo con lo establecido en el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, pudiendo emplear dichas imágenes para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimiento del contrato de trabajo. Entre otras finalidades de la instalación de dichas cámaras se encontrarían la vigilancia de los accesos e instalaciones. Yo, el abajo firmante como empleado, recibo copia, entiendo y autorizo el tratamiento de mis datos de carácter personal por parte de la empresa y entidades relacionadas, así como por parte de los encargados tratamiento, que tienen acceso a los datos de carácter personal (...)".

5.- Frente a dicho documento, el actor remite, el 15 de junio de 2022, la siguiente respuesta: "les comunico que he recibido el presente escrito por el que les manifiesto mi rotunda disconformidad y no autorizo la grabación de mi imagen ni la cesión de mis datos personales (...)".

6.- En un intercambio de correos electrónicos con la sección de recursos humanos, el actor pone de manifiesto que la instalación de unas cámaras de videovigilancia y la publicación en el tablón de anuncios de las normas de uso de dispositivos digitales tras su reincorporación tiene una manifiesta intención persecutoria y de vigilancia continua hacia él, al que se une un seguimiento por detectives. Se muestra, además, en contra de la firma de un nuevo documento en el que no se explica quiénes son las personas y empresas externas a las que debe autorizar el tratamiento de datos de carácter personal al margen de su empleador, no en vano ello supone una vulneración del derecho a la protección de datos, al utilizar sus datos (y los de sus esposa) de forma indebida sin su consentimiento en distintas jurisdicciones, organismos y entidades privadas, incluyendo información sobre su concurso de acreedores. Considera dicho proceder abusivo, por lo que no consiente la grabación de su imagen,

ni el acceso de forma remota a su ordenador y correo electrónico corporativo sin su conocimiento, así como a sus datos personales, sin que se le haya informado de qué personas monitorean su ordenador y correo corporativo. Solicita también que se ponga en marcha el Comité de Cumplimiento por vulneración de cláusulas de los Principios y Valores que constan en el Portal del Empleado, reclamando la intermediación y auxilio del Consejo de Administración.

7.- El Procedimiento de Protección de Datos, que figura en el Portal del Empleado, recoge como derechos de los interesados a ejercitar frente al responsable del tratamiento los siguientes: derecho de acceso, derecho de rectificación, derecho de supervisión (-el derecho al olvido-), derecho a la limitación del tratamiento, derecho a la portabilidad de los datos, derecho de oposición y derecho a no ser objeto de decisiones individualizadas incluida la elaboración de perfiles. A ello se acompaña un procedimiento para su ejercicio.

8.- Además de las cámaras perimetrales exteriores que ya existían, la empresa instala varias cámaras en el interior de las instalaciones en distintos lugares y emplazamientos desde los que se veían las taquillas, vestuario, acceso a baños, comedor social, zona de agua y despacho del actor, sin resultar expresamente probado si, con independencia de las reseñadas ubicaciones, las cámaras enfocaban de manera concreta y directa espacios de descanso, aseo o taquillas ni tampoco si dichas cámaras podían o no girarse.

IV. Posición de las partes

La empresa entiende que no se ha producido irregularidad alguna con la instalación del sistema de videovigilancia interno, mientras la persona trabajadora considera que dicho sistema de videovigilancia vulnera el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos.

V. Normativa aplicable al caso

Varios preceptos inciden en el supuesto aquí enjuiciado:

--Art. 20.3 ET, en virtud del cual “el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”.

--Art. 20 bis ET, conforme al cual “los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

--Art. 89 LOPDyGDD, que señala que: “1. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores... previstas... en el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores..., siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores... y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida. En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores ...se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el art. 22.4 de esta ley orgánica.

2. En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos”.

VI. Doctrina básica

El Tribunal Superior de Justicia alcanza seis conclusiones esenciales:

1ª.- No procede la práctica de ninguna de las pruebas propuestas por la empresa en suplicación, pues su admisión convertiría tal recurso en un segundo grado de conocimiento pleno, lo cual conllevaría, de un lado, una vulneración los principios que rigen el proceso social en su diseño legal y, de otro, una habilitación a la parte recurrente para la construcción de un proceso nuevo a su conveniencia.

2ª.- No pueden admitirse tampoco las excepciones procesales planteadas por la empresa, pues tales cuestiones no fueron invocadas en la instancia y, por tanto, no se resolvieron en la resolución ahora combatida.

3ª.- La instalación y visionado de sistemas de videovigilancia en el marco empresarial pueden afectar tanto al derecho de protección de datos como al derecho a la intimidad.

4ª.- Aun cuando el art. 20.3 ET habilita a la empresa para adoptar un amplio abanico de medidas de control, tanto por motivos de estricta seguridad, como para comprobar el cumplimiento de sus deberes por parte de los trabajadores, lo cierto es que esta facultad no es ilimitada, quedando sometida a los márgenes del principio de proporcionalidad.

5ª.- Ciertamente es que la videovigilancia no puede afectar a los lugares donde se desarrollan los momentos de mayor privacidad de los trabajadores (vestuarios, aseos, comedores y análogos), pero no menos verdad resulta que tal veto no es por sí mismo suficiente, pues también resulta ilícito un seguimiento constante y exhaustivo de todos o la mayor parte de los movimientos o incluso gestos de los trabajadores.

6ª.- Se mantiene la indemnización por daños morales reseñada en la sentencia de instancia al no haber sido discutido su montante en el recurso de suplicación.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal desestima el recurso de suplicación interpuesto por las empresas "Desarrollos en Energías Renovables SL" y "Abastecimientos Energéticos SLU" contra la sentencia dictada el 2 de marzo de 2023 por el juzgado de lo social nº 3 de Albacete, quedando confirmada dicha resolución, ordenando la pérdida del depósito y de la consignación, así como la realización de los avales constituidos para recurrir, e imponiendo a la parte recurrente las costas, que incluyen los honorarios del letrado, fijadas prudencialmente en 500 euros.

VIII. Pasajes decisivos

La empresa estructura su estrategia procesal a través de varias vías oportunamente analizadas por el Tribunal de Justicia:

1ª) Pretende introducir 8 nuevos ordinales para hacer constar:

A) que se deben considerar los documentos justificativos de las incidencias procesales posteriores al dictado de la sentencia de 2 de mayo de 2022 en materia de despido (declarado nulo y luego improcedente), en concreto, el escrito de opción por la indemnización aceptado en la instancia y el desistimiento del incidente de ejecución provisional. Tales extremos resultan, a juicio del órgano judicial, "inútiles en cuanto se refieren a un procedimiento que ninguna incidencia puede tener en el presente, al ser diferente la cuestión discutida y ... haberse invocado la vulneración de un derecho fundamental (la garantía de indemnidad) distinto al que ahora se evalúa".

B) que existe una denuncia del trabajador ante la inspección de trabajo sobre la instalación de cámaras de seguridad, pero no constan actuaciones posteriores de este organismo. El Tribunal entiende que debe rechazarse esta pretensión "por su inutilidad, ya que la inexistencia, hasta el momento, de actuaciones o decisiones de la

inspección de trabajo al respecto ni vincula a los órganos judiciales, ni determina de manera necesaria que aquellas no pudieran producirse en el futuro”.

C) que activó el protocolo de acoso, que encargó la instrucción del procedimiento a un profesional externo, y que éste emitió un informe en el que concluía que en la implantación de las cámaras de videovigilancia se habían seguido los requisitos legalmente establecidos. El Tribunal considera que resulta impertinente valorar la activación del protocolo de acoso y la opinión del instructor.

D) quién instaló el sistema de videovigilancia, algunas de las características del sistema, y que su ubicación se corresponde a vistas generales de salas que comprenden oficinas, sin afectar a aseos, vestuarios o puestos de trabajo. Pone de manifiesto el Tribunal que tales explicaciones deben ser igualmente rechazadas “por basarse en un informe técnico que, como se deriva de su propia naturaleza, implica un juicio valorativo sobre las condiciones del sistema y su instalación, que puede ser sometido a contradicción y ampliación de las cuestiones de interés, esto es, constituye un auténtico informe pericial, o cuando menos de un testigo-perito, que sin embargo no se propuso como tal, y por tanto no fue objeto de ratificación y de contradicción en el acto del juicio”.

F) que existe un informe de una entidad certificadora que indica el cumplimiento empresarial de la normativa vigente en materia de protección de datos para el uso de cámaras de videovigilancia en sus instalaciones. El Tribunal aprecia que debe rechazarse esta propuesta por su inutilidad, en cuanto el parecer de una entidad sobre el extremo en cuestión resulta innecesario y no vincula al órgano judicial.

G) que en soporte documental consta que todos los trabajadores del centro de trabajo fueron informados de la existencia de un sistema de videovigilancia, aunque solo el demandante mostró su disconformidad. El Tribunal rechaza tal circunstancia por dos razones: de un lado, porque tal dato consta ya en la sentencia de instancia y, de otro, porque el hecho de que se conociese la existencia del sistema de videovigilancia, por lo demás apreciable directamente por su propia naturaleza, o que solo reclamara el demandante, no altera en nada el juicio de valor relativo a si dicho sistema vulneraba o no derechos fundamentales.

H) que las fotografías aportadas por el trabajador acreditan donde están situadas las cámaras, pero no lo que están grabando. El Tribunal entiende que la indicada pretensión debe ser rechazada, “por una parte, por su inutilidad, ya que, aunque no se diga de manera expresa en los hechos probados, es obvio que unas fotos sobre la colocación de unas cámaras indican dónde se sitúan estas, no lo que graban. Y, por otra, porque dar por sentado que no se graban ciertos ámbitos o lugares físicos, no es ya una constatación fáctica, sino el resultado de una valoración jurídica más compleja, propia de la fundamentación jurídica”.

I) que el 9 de septiembre de 2019 se celebró una reunión del consejo de administración de la empresa, recogándose algunas de las expresiones intercambiadas en el acta correspondiente. El Tribunal rechaza igualmente esta pretensión por su completa inutilidad, “en cuanto no se evidencia qué relación pueda tener el contenido de la indicada reunión con la cuestión debatida en el procedimiento”.

En conclusión, el órgano judicial no admite la práctica de ninguna de las pruebas (testifical de toda la plantilla, pericial y solicitud de informe a la Inspección de Trabajo) propuestas por la empresa porque “ello convertiría el recurso de suplicación en un segundo grado de conocimiento pleno, remitiendo a tal sede la práctica de prueba ordinaria que solo corresponde, de manera exclusiva y precluyente, al juzgado de instancia”, máxime cuando “la parte recurrente se imita a proponer un complemento de su prueba de manera reactiva al resultado de lo actuado y decidido en la instancia”.

2ª) Alega la nulidad de la sentencia de instancia atendiendo a tres excepciones procesales: inadecuación de procedimiento, falta de acción del actor tras extinguirse la

relación laboral y litispendencia al estar pendiente la firmeza de la previa decisión sobre el despido.

El Tribunal, con fundamento en las SSTs de 26 de septiembre de 2001 (rec. 4847/00) y de 21 de diciembre de 2016 (rec. 451/2015), considera que “tales cuestiones no fueron planteadas en la instancia, y por tanto no se resolvieron en la resolución ahora combatida”. Así, “la inadecuación de procedimiento ni siquiera se menciona en el acto del juicio. La falta de acción del demandante se plantea ahora porque se dice que la relación laboral existente entre las partes ya se habría extinguido, lo que equivale a plantear la desaparición del objeto del litigio, mientras que en el acto del juicio previo se utilizó el concepto de falta de acción para afirmar que no se habría producido ninguna vulneración de derecho fundamental; y, finalmente, la litispendencia no se menciona tampoco expresamente, aunque se argumenta en el acto del juicio que la primera sentencia de despido estaba recurrida, si bien en relación con la eventual existencia de una efectiva relación laboral y, en consecuencia, con una eventual incompetencia de la jurisdicción”.

Profundizando en la alegada inadecuación de procedimiento, el Tribunal Superior de Justicia aclara que “no existe base alguna para sostener que una reclamación por una pretendida vulneración de derechos fundamentales, que tiene entidad propia, deba encauzarse por el trámite del incidente de readmisión irregular del despido previamente producido, que no resulta una vía posible ni útil para el ejercicio de tal acción ... Lo que define la concurrencia de interés y acción, es si la previa realización de ciertos actos por la empresa constituyó o no una vulneración de derechos fundamentales y si, en consecuencia, se produjeron o no los efectos vinculados a aquella hipotética vulneración, cuando ... la relación laboral se había recompuesto y desplegada todos sus efectos entre trabajador y empleadora”, sin que exista “interferencia alguna entre el primer proceso por despido y el este segundo, en cuanto aun siendo idénticas las partes, la pretensión ejercitada es distinta”.

3ª) Indica que no se ha producido irregularidad alguna con la instalación del sistema de videovigilancia. Ante tal posicionamiento de la empresa, el Tribunal procede a acotar los términos del debate centrado en dilucidar si la instalación del sistema de videovigilancia es pertinente o no, por entender que el mismo puede vulnerar la intimidad de los trabajadores, en este caso del demandante.

A tal fin, el Tribunal estructura su razonamiento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, sienta que carece de fundamento la distinción entre el derecho a la intimidad y el tratamiento de datos. “No cabe duda de que se trata de instituciones distintas, con normativa y desarrollos jurisprudenciales específicos para cada una de ellas, como se pone de manifiesto en el dictamen el Ministerio Fiscal, pero tampoco es dudoso que un incorrecto tratamiento de datos, puede acarrear una afectación del derecho a la intimidad. Como tampoco lo es que el tratamiento de datos incluye su recogida, y desde el momento en que la videovigilancia es un sistema de recogida de datos, los términos de su instalación no son irrelevantes para evaluar la eventual afectación del derecho a la intimidad”. En suma, a la luz del art. 89 LOPDyGDD, “en el caso de sistemas de videovigilancia, su instalación y los términos y condiciones de su operatividad, conciernen tanto al tratamiento de datos como al derecho a la intimidad”.

En segundo término, el art. 20.3 ET habilita a la empresa para adoptar un amplio abanico de medidas de control, tanto por motivos de estricta seguridad, como para comprobar el cumplimiento de sus deberes por parte de los trabajadores. Sin embargo, esta posibilidad no es ilimitada, y debe ser valorada en cada momento para evaluar su necesidad y proporcionalidad en cuanto, como señala la STCo 186/2000, de 10 de julio, “el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3 ET, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo”.

El Tribunal admite la utilidad de las cámaras como instrumento de control de la actividad laboral en tanto “puede poner de manifiesto si un trabajador abandona con

demasiada frecuencia su puesto de trabajo, y se dedica en mayor o menor medida a actividades no productivas". Ahora bien, añade que "el control del rendimiento material y efectivo no se va a derivar de la videovigilancia, sino más bien del control de los productos del trabajo por medio del chequeo de los instrumentos informáticos de trabajo, y del propio resultado de dicho trabajo en cada momento temporal considerado (cantidad y calidad de documentos cumplimentados, contactos con clientes, gestiones realizadas etc)".

Es más, entiende el Tribunal también que "la intensidad de la videovigilancia no es cuestión secundaria". Siendo claro que la videovigilancia, tal y como señala el art. 89 LOPDyGDD, "no puede afectar a los lugares donde se desarrollan los momentos de mayor privacidad de los trabajadores (vestuarios, aseos, comedores y análogos), tal limitación no es por sí misma suficiente, dado que, una cosa es que se pueda tener un control suficiente del interior del centro de trabajo, y en particular de las entradas y salidas del mismo, así como una visión general de los puestos de trabajo, y otra muy distinta que se produzca un seguimiento exhaustivo de todos o la mayor parte de los movimientos o incluso gestos de los trabajadores". A juicio del Tribunal, "el punto de inflexión debe situarse en el límite entre un control general del cumplimiento de los deberes laborales, y una monitorización de los trabajadores cuya exhaustividad y detalle desborden los límites de tal control, afectando, entonces sí, a su derecho a la intimidad". En el presente caso, las cámaras estaban instaladas en zonas en las que se veían taquillas, vestuario, acceso a baños, comedor social, zona de agua y despacho del actor. Al no existir una evidencia disponible de que dichas cámaras no enfocaran, o pudieran enfocar con una manipulación simple tanto de hardware como de software, a las tan citadas áreas de privacidad, concluye el Tribunal que "el sistema de videovigilancia, tal como fue instalado, resultaba desproporcionado y por ello implicaba una intromisión en la privacidad e intimidad de los trabajadores y, en particular, del reclamante".

En tercer lugar, teniendo en cuenta que, con carácter previo a la instalación del sistema de videovigilancia, la empresa comunicó a todos los trabajadores dicha circunstancia, tal como exige tanto la normativa en la materia, como el IV Convenio General del sector de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del metal (BOE de 12-1-2022), al igual que proporcionó información suficiente sobre los derechos de los trabajadores asociados al tratamiento de datos en el Procedimiento de Protección de Datos que aparece en el Portal del Empleado, el Tribunal entiende que pueden entenderse cumplidas las exigencias de transparencia que recoge el art. 89 LOPDyGDD.

No consta, sin embargo, quién actuaba como encargo del tratamiento a los efectos de los arts. 28 y ss. LOPDyGDD; tampoco queda acreditado que la empresa cumpliera lo previsto en el art. 120 del Convenio Colectivo mencionado, en cuanto a la obligación de "informar con carácter previo a la instalación de cualesquiera de los sistemas no prohibidos a la representación de los trabajadores, expresando las causas que concurren para su instalación, así como, sus características y funcionamiento". Ahora bien, el Tribunal entiende que "si bien un incumplimiento en materia de obligaciones formales ...podría tener incidencia en la afectación del derecho de intimidad de los afectados, ese no es el caso, en cuanto de las carencias enunciadas no se deriva que se produjera aquella afectación. O dicho de otro modo, ciertos incumplimientos formales... pueden acarrear consecuencias en otros órdenes, pero ser irrelevantes a los efectos que ahora nos ocupan".

En cuarto lugar, entiende el Tribunal procedente la indemnización de 30.001 euros acordada en la sentencia de instancia, como consecuencia de la afectación del sistema de videovigilancia a la privacidad e intimidad del reclamante, teniendo en cuenta que la empresa no ha cuestionado la cuantía concreta limitándose a negar la vulneración del derecho fundamental concernido.

IX. Comentario

Los variados sistemas de control utilizados por las empresas persiguen la medición del rendimiento de los trabajadores para tomar decisiones a la hora de planificar el trabajo de la forma más óptima posible de cara a la obtención de beneficios o, en su caso, de adoptar medidas sancionadoras por incumplimientos contractuales o pérdidas de productividad. En concreto, el art. 89 LOPDyGDD admite la utilización de cámaras como instrumento de supervisión empresarial siempre que se cumplan dos requisitos: 1) que se remita información “con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores... y, en su caso, a sus representantes”; 2) que no se ubique la instalación “en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos”.

Tales exigencias deben de ser completadas, no obstante, con algunas matizaciones adicionales. En primer lugar, el simple recurso a la lógica lleva a admitir controles ocultos en los supuestos de “flagrante acto ilícito” debiendo contar la cámara con el pertinente distintivo informativo de “zona videovigilada” en un lugar visible. En segundo término, debe de tomarse en consideración el principio de proporcionalidad, dibujado por el Tribunal Constitucional a partir de un triple test gradualista: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria en el sentido de que no exista otra más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de indispensabilidad o estricta necesidad); y, finalmente, si es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés empresarial que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio riguroso de adecuación) (por todas, STCo 320/1994, de 28 de noviembre).

Habiéndose cumplido el parámetro de transparencia en el supuesto aquí enjuiciado, procede no olvidar que, en virtud del principio de minimización, el empresario tendrá que restringir el tratamiento de los datos de sus empleados, manejando los estrictamente necesarios por el tiempo imprescindible, teniendo en cuenta que la finalidad de dicho tratamiento no pueda conseguirse por otros medios menos invasivos de los derechos fundamentales. No caben, por tanto, controles constantes y exhaustivos capaces de volcar una trazabilidad completa de las conductas de las personas trabajadoras sin dejar un mínimo resquicio de intimidad. Como ha señalado la mejor doctrina, se trata de evitar, a la postre, que “el ojo electrónico” del empleador se convierta en “penetrante, dominante y ubicuo”^[1].

X. Apunte final

Sin dejar de reconocer la legitimidad de los controles empresariales y de vigilancia de la dedicación de los trabajadores y la capacidad de reacción con medidas disciplinarias frente a posibles transgresiones de la buena fe contractual, tampoco hay que olvidar que tales actuaciones tienen que venir acompañadas de oportunas cautelas y suficientes garantías en aras a evitar lesiones o ataques a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, lo cual exige, además del cumplimiento de los principios marcados por la LOPDyGDD, un juicio casuístico de las circunstancias concurrentes en aras a valorar el cumplimiento del test de proporcionalidad.

Referencias:

1. ^ MERCADER UGUINA, J.R.: “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2001, pág. 14.

§ 11 Los indefinidos no fijos, ¿una historia interminable hacia su terminación? Su capítulo inédito de la llamada expresa del Tribunal de Justicia a la modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Constitución y Derecho de la Unión.

María Emilia Casas Baamonde

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

Resumen: Los trabajadores indefinidos no fijos de larga duración, cuyas plazas no han sido convocadas en plazo por las correspondientes Administraciones y organismos del sector público para su cobertura definitiva o han sufrido aplazamientos, son contratados temporales sometidos a una utilización sucesiva -prorrogada automáticamente o renovada por esa falta de convocatoria reglamentaria- y abusiva de su temporalidad indefinida. Los jueces y tribunales españoles podrían convertir sus contratos temporales indefinidos en fijos ante la falta de medidas alternativas efectivas en nuestro ordenamiento para prevenir y sancionar adecuadamente esa temporalidad sucesiva abusiva y modificar la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa de los principios constitucionales y legales de acceso al empleo público (igualdad, mérito y capacidad) si esa interpretación fuese incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70/CE y, en particular, de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco.

Palabras clave: Contratos temporales. Indefinidos no fijos. Utilización sucesiva. Sanciones efectivas. Acceso al empleo público. Fijeza. Convocatoria. Procesos selectivos. Igualdad. Mérito. Capacidad.

Abstract: Permanent, non-regular, long-term workers, whose places have not been called in by the relevant public sector administrations and bodies for permanent coverage or have been postponed, are hired temporarily subject to a successive use -automatically extended or renewed due to this lack of notice- and abuse of their indefinite temporality. Spanish judges and courts could convert their indefinite temporary contracts into fixed ones in the absence of effective alternative measures in our order to prevent and adequately sanction this abusive successive temporality and modify the jurisprudence of the Supreme Court interpreting the constitutional and legal principles of access to public employment (equality, merit and ability) if that interpretation is incompatible with the objectives of Directive 1999/70/EC and, in particular, with Clause 5 of the Framework Agreement.

Keywords: Temporary contract. Permanent non-regular. Successive use. Effective sanctions. Access to public employment. Fixer worker. Call for oppositions. selective processes. Equality. Merit. Ability.

I. Introducción

La sentencia del Tribunal de Justicia, comentada, es una sentencia de primera importancia. Rememoro en el título de este comentario el de uno de los últimos ensayos de Aurelio Desdentado Bonete, excelente como todos los suyos: “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?”, publicado en 2018, en la *Revista de información laboral*, núm. 10, págs.17-45. Inspirador o, mejor, creador, de la jurisprudencia (SSTS de 20 y 21 de enero de 1998)^[1] que dio carta de naturaleza a los trabajadores indefinidos no fijos en el sector público -indefinidos como sanción al incumplimiento por las Administraciones públicas de la legislación laboral sobre la contratación laboral, pero no fijos por impedirlo los principios constitucionales rectores de acceso al empleo público, de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE), A. Desdentado mostró su gran desencanto ante la evolución seguida por su criatura institucional de la mano de la jurisprudencia, que sucesivamente había considerado esa relación laboral sometida a condición resolutoria, a término resolutorio y como contrato indefinido *sui generis* y reconocido a esos trabajadores un inexistente, a su juicio, derecho a la promoción en el marco de su tipo contractual propio, ante la escandalosa inactividad de las Administraciones públicas en la convocatoria de procesos selectivos para la provisión de las plazas ocupadas temporalmente por estos trabajadores de temporalidad indefinida, y ante la consiguiente crisis de la figura contractual, inservible para evitar la laboralización de la función pública y para garantizar la defensa de los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso fijo al empleo público por la pasividad de los órganos públicos concernidos. Acabó propiciando, con otros autores, la nulidad indemnizada de los contratos temporales irregulares y la terminación de los indefinidos no fijos para impedir que esa contratación irregular acabara convirtiendo la relación laboral no fija en fija.

En la sentencia de 22 de febrero de 2024 el Tribunal de Justicia resuelve tres peticiones de decisión prejudicial acumuladas, planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sobre la calificación de la relación laboral que vincula a los trabajadores indefinidos no fijos con la Administración Pública correspondiente y la incompatibilidad de la regulación de su indefinición temporal o falta de fijeza por nuestro Derecho, de factura jurisprudencial, con la interpretación de las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo, Acuerdo Marco), 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. Esa indefinición temporal del contrato de trabajo indefinido no fijo, al que se llega desde una previa situación de irregularidad en la contratación laboral en el sector público, produce temporalidades de larga duración por la falta de convocatoria en el tiempo legalmente previsto de las plazas temporalmente desempeñadas por los trabajadores indefinidos no fijos, temporalidades que pueden resolverse inopinadamente por la amortización o cobertura definitiva de la plaza por otro trabajador con la consiguiente extinción del contrato indefinido no fijo indemnizada, por decisión jurisprudencial, con 20 días de salario por año de servicios con el máximo de una anualidad por equiparación con el despido objetivo precedente.

Los efectos “institucionales” y prácticos de esta sentencia del Tribunal de Justicia son de gran relevancia. Aunque su jurisprudencia sobre la cláusula 5ª del Acuerdo Marco es muy numerosa e insistentemente desautorizatoria de nuestra jurisprudencia, es difícil encontrar en ella una habilitación de modificación de la jurisprudencia de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo formulada con tal explicitud, aunque esa llamada abierta a la modificación posea la relativa contención de dirigirse a hacer compatible la interpretación de disposiciones de nuestra Constitución con los objetivos de la Directiva 1999/70/CE y, en particular, de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. Sin embargo, la sentencia no deja de decir, literalmente, que esa modificación de la “jurisprudencia nacional”, que corresponde al tribunal remitente, y a todos los jueces y tribunales que decidan litigios iguales, ha de hacerse para corregir una interpretación de las disposiciones nacionales, “incluso constitucionales” [apartado 138 y fallo, 7)], contraria a los objetivos de la Directiva. Lo que trae a la memoria de manera inmediata

la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros contra Organismos Topikis Aftodiolkisis (OTA) “Dimos Agiou Nikolaou, C-760/18, ECLI:EU:C:2021:113, apartado 75, que impuso al órgano jurisdiccional remitente la interpretación conforme con la cláusula 5ª del Acuerdo Marco del Derecho interno y la apreciación de si podían aplicarse, a tales efectos, “las disposiciones de una normativa nacional anterior, todavía vigente”, que autorizaba la conversión de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido, aunque existieran disposiciones nacionales posteriores, de naturaleza constitucional, que prohibían de modo absoluto dicha conversión en el sector público.

Por si la situación de nuestra Constitución, cumplido su 45º aniversario, no es bastante discutida, en concreto el estado de su regulación del principio de reserva de jurisdicción, del Consejo General del Poder Judicial, no renovado durante mas de cinco años, y de la superioridad del Tribunal Supremo, en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales (arts. 117, 122 y 123 CE), ha venido a sumarse esta sentencia del Tribunal de Justicia, que no solo ha desautorizado -o ha permitido esa desautorización a los órganos judiciales inferiores- la jurisprudencia social sobre los trabajadores y trabajadoras indefinidos no fijos a partir de una mala interpretación de la Constitución, sino que ha abierto la espita para la producción de pronunciamientos judiciales diversos, al margen de la Constitución y de la ley, que no se ha ocupado de la figura del contrato indefinido no fijo, y de la jurisprudencia de unificación de doctrina. Se corre el riesgo de permitir transformaciones de la interpretación de la Constitución, o de la Constitución misma, marginando el papel del pueblo soberano, que algo tiene que decir sobre los cambios constitucionales. Sus efectos prácticos son innegables: la interpretación del Tribunal de Justicia afecta a cientos de miles de indefinidos no fijos, que por razones temporales u otras no han podido acogerse a los procesos legales excepcionales de estabilización del empleo temporal o no han podido hacerlo con el resultado de obtención de la plaza que venían desempeñando temporalmente.

La decisión de la sentencia, aunque no en todos sus extremos, era de esperar, en mi opinión, expuesta ya desde hace tiempo, y con claridad manifiesta desde la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (IMIDRA), C-726/19, EU:C:2021:439, que en su construcción contenía todo un aviso a navegantes, siempre en mi opinión personal^[2]. Debo advertirlo porque para otras opiniones, y en concreto para las expresadas por la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid y la Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid, demandadas en los litigios principales en que se han planteado las cuestiones prejudiciales resueltas por la sentencia que aquí se comentará, y para el Gobierno español, en sus observaciones ante el Tribunal de Justicia, en términos de defensa por tanto, la sentencia IMIDRA habría salvado para la cláusula 5ª del Acuerdo Marco la figura de los indefinidos no fijos de nuestra jurisprudencia al decir, en su apartado 73, que “en la medida en que no exista ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas *en régimen de Derecho administrativo*, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, *la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los «trabajadores indefinidos no fijos» podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco*”, con cita de la sentencia de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, C-184/15 y C-197/15, EU:C:2016:680, apartado 53. Habiendo declarado la sentencia IMIDRA la oposición del Acuerdo Marco a la normativa española, interpretada por la jurisprudencia nacional, que permitía, “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 prohibía “tanto la asimilación de esos trabajadores a «trabajadores indefinidos no fijos» como la concesión de una indemnización a esos mismos trabajadores” con contrato de interinidad por vacante, sin incluir ninguna medida

destinada a prevenir y sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada (apartado 88), antes o después le llegaría la hora a los «trabajadores indefinidos no fijos», colocados en un estadio de temporalidad posterior, en el que podían estar indefinidamente sin medida alguna efectiva para sancionar los abusos en la utilización continuada de esa modalidad de contratación.

Reiterando su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia, en la sentencia IMIDRA, había recordado la esencialidad del concepto “utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada” de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, equivalente a su prórroga automática o renovación implícita, sin necesidad de celebración formal, por escrito, de uno o varios nuevos contratos de trabajo de duración determinada, parejo al mantenimiento de modo permanente de trabajadores temporales por causa del incumplimiento por el empleador público de su obligación legal de organizar en el plazo previsto tres años un proceso selectivo para cubrir definitivamente las plazas vacantes (apartados 35 a 37). Recordó también la sentencia IMIDRA la esencialidad de la “duración” de todo contrato de “duración determinada”, cuya finalización viene “determinada por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado” (cláusula 3ª.1 del Acuerdo Marco y apartados 38 a 40), elemento esencial desvirtuado por la inexistencia de duración determinada en el contrato indefinido no fijo, sustituida por una temporalidad “indefinida” que necesariamente se subsumía en el supuesto de sucesión de contratos temporales del apartado 1 de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, so pena de dejar fuera los contratos temporales de larga duración.

El Tribunal Supremo rectificó su doctrina con una prontitud digna de elogio para el cumplimiento de su función unificadora de doctrina, en la sentencia, de su Sala de lo Social en Pleno, 649/2021, de 28 de junio, ECLI:ES:TS:2021:2454 (contrato de interinidad por vacante de trabajadora cesada por cobertura de la plaza, conversión en indefinida no fija e indemnización), contribuyendo al crecimiento imparable de los indefinidos no fijos. Se anticipó en solo unos días a la intervención del legislador de urgencia. El RDL 14/2021, de 6 de julio, justificó esa intervención, esto es, la situación de extraordinaria y urgente necesidad que constitucionalmente la hace posible (art. 86.1 CE), también en la creada por ambas sentencias, la del TJ y la del TS, “a fin de precisar el régimen jurídico aplicable” a la contratación temporal sucesiva dentro de la conjugación adecuada del efecto útil de la Directiva 1999/70/CE “con el aseguramiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”. La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, sustituyó a la norma legal de urgencia, aprobadas esta y su predecesora en el marco de las exigencias europeas del Plan de recuperación, transformación y resiliencia y de sus fondos Nex Generation EU.

Ambas normas legales retrataron fielmente la anómala situación de la contratación laboral -y del recurso al personal funcionario interino- en el sector público español, convertida en una “alternativa organizativa” que, además de suponer un incremento excesivo de su temporalidad, la ha convertido en estructural. Pero ambas normas legales, que ocultaron cualquier referencia a los indefinidos no fijos, optaron únicamente por la indemnización de 20 días/año que había fijado el Tribunal Supremo para los casos en que los trabajadores temporales no accedieran al empleo público a través de los procedimientos selectivos reglamentarios, sin avanzar en la exigencia de responsabilidades efectivas a las Administraciones ni en otras indemnizaciones por los abusos en la utilización de la contratación temporal. Ambas normas legales expresaron su confianza en que el TJUE compartía la postura de España de que “no cabe en nuestra Administración la transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente. Esta opción está excluida categóricamente en el Derecho español, ya que el acceso a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo sólo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad”. En efecto, en jurisprudencia reiterada el Tribunal de Justicia afirma que la cláusula 5 del Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros la

obligación de convertir en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada.

Todo lo dicho en la sentencia IMIDRA era trasladable a los trabajadores indefinidos no fijos, con el agravante de que a ellos no se les puede aplicar la tesis de la conversión contractual sancionadora y sanadora de la utilización sucesiva abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y de que su contrato es, por hipótesis, un segundo contrato temporal, que trae causa de un primer contrato temporal irregular. El uso abusivo de la temporalidad, prohibido por la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, está en los propios contratos indefinidos no fijos: ¿en todos, al suponer una sucesión abusiva en la contratación temporal?; al menos, en los de larga y larguísima duración ante la falta de regularidad de las convocatorias de procesos selectivos para la cobertura definitiva de las plazas, que legalmente ha de hacerse en el plazo improrrogable de tres años, aplicando por analogía la sentencia IMIDRA para los interinos por vacante. La ocasión no se hizo esperar. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que había promovido la petición de decisión prejudicial que dio lugar a la sentencia IMIDRA, elevó las cuestiones prejudiciales en los tres asuntos, acumulados, decididas en esta nueva sentencia. Lo hizo seis meses después, mediante autos de 22 de diciembre de 2021^[3], 21 de diciembre de 2021^[4] y 3 de febrero de 2022^[5], recibidos en el Tribunal de Justicia el 27 de enero, el 17 de febrero y el 3 de marzo de 2022, respectivamente. La Sala del Tribunal de Justicia fue la séptima en la sentencia IMIDRA y ha sido la sexta en esta sentencia, pero su composición personal ha sido idéntica y su ponente el mismo juez: el Sr. A. Kumin (Ponente), Presidente de Sala, y el Sr. P. G. Xuereb y la Sra. I. Ziemele, Jueces, en la sentencia IMIDRA, el Sr. P. G. Xuereb, en funciones de Presidente de Sala, y el Sr. A. Kumin (Ponente) y la Sra. I. Ziemele, Jueces, en esta.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia

Órgano judicial: Tribunal de Justicia, Sala Sexta

Número de resolución judicial y fecha: 22 de febrero de 2024, asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22, MP c. Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid, IP y Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), e IK y Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid

Tipo y número recurso o procedimiento: procedimiento prejudicial

ECLI:EU:C:2024:149

Fuente: InfoCuria Jurisprudencia

Ponente: Sr. A. Kumin

Votos Particulares: carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos

En los asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22, la y los demandantes en los litigios principales celebraron varios contratos de trabajo temporales sucesivos, habiendo sido recalificada la relación laboral por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 27 de diciembre de 2007, y por el Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid, de 29 de septiembre de 2001, como “relación laboral indefinida no fija” en los asuntos C-59/22 y C-110/22.

En el asunto C-59/22, MP trabaja todos los veranos, desde el 22 de octubre de 1994, en el servicio de prevención de incendios de la Comunidad de Madrid, teniendo reconocida la calificación de su relación laboral como “indefinida discontinua” por

sentencia de 27 de diciembre de 2007 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. El 13 de noviembre de 2020, MP presentó escrito de reclamación previa ante la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid, solicitando la conversión de su contrato de trabajo en fijo y el abono de la indemnización legalmente prevista por despido improcedente. Tras el silencio de la Administración, la sentencia del Juzgado de lo Social nº. 18 de Madrid, de 10 de junio de 2021, desestimó la demanda, en que MP reiteró sus peticiones y que recurrió en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, alegando, entre otros, el incumplimiento de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada de la CES, la UNICE y el CEEP, anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999.

IP trabaja para la UNED como “encargado de producción de vídeo” desde el 11 de febrero de 1994, suscribiendo contratos temporales sucesivos, en el asunto C-110/22. La sentencia del Juzgado de lo Social n.º 15 de Madrid, de 29 de septiembre de 2001, reconoció su condición de indefinido no fijo. Ante la falta de convocatoria de su plaza por la UNED, demandó el reconocimiento judicial del derecho a su puesto de trabajo como indefinido fijo o, subsidiariamente, que dicho puesto le fuera adjudicado mediante concurso de méritos. Tras la desestimación de esta demanda mediante sentencia del Juzgado de lo Social nº 42 de Madrid, de 1 de junio de 2021, el demandante en el litigio principal interpuso recurso de suplicación contra dicha sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sosteniendo el incumplimiento de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada anexo a la Directiva 1999/70/CE.

Finalmente, en el asunto C-159/22, IK trabaja desde el 21 de diciembre de 1998 para la Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid, en virtud de sucesivos contratos temporales, con una interrupción de contratos entre 1999 y 2010, siendo su último contrato de interinidad por vacante, celebrado el 1 de agosto de 2016 y prolongado al menos hasta el 19 de abril de 2021, el objeto del litigio principal. La sentencia del Juzgado de lo Social n.º 21 de Madrid, de 9 de abril de 2021, desestimó su demanda de que se reconociera que su contrato de trabajo era de duración indefinida o, subsidiariamente, que dicho contrato era indefinido no fijo. En el recurso de suplicación invocó el incumplimiento de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco.

2. Antecedentes

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2, es el órgano jurisdiccional que planteó las peticiones de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia (art. 267 TFUE), que, por resolución de 27 de abril de 2022, acordó la acumulación de los tres asuntos a efectos de las fases escrita y oral del procedimiento y de la sentencia.

Las dudas del tribunal de suplicación se sustanciaron en la formulación de 14 cuestiones prejudiciales en el asunto C-59/22, 12 en el asunto C-110/22, y 6 en el asunto C-159/22, siendo iguales las cuestiones prejudiciales 1ª a 5ª de los asuntos C-59/22 y C-110/22; las cuestiones prejudiciales 6ª y 7ª de los asuntos C-59/22 y C-110/22 y 1ª y 2ª del asunto C-159/22; las cuestiones prejudiciales 8ª y 9ª de los asuntos C-59/22 y C-110/22 y la 3ª en el asunto C-159/22; y la 12ª en los asuntos C-59/22 y C-110/22 y la 6ª del asunto C-159/22.

IV. Posición de las partes

La Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid y la Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid, demandadas, y el Gobierno español, consideraron que el Tribunal de Justicia no era competente para responder a las cuestiones prejudiciales, que solicitaban su opinión sobre la figura del trabajador indefinido no fijo, propia del Derecho español, y, por ende la interpretación del Derecho nacional, y que, en cualquier caso, procedía declarar su inadmisibilidad. Las peticiones de decisión prejudicial del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ponían en cuestión la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ya había

declarado que la conversión de un contrato de trabajo en un “contrato indefinido no fijo” era una sanción adecuada para corregir una situación de abuso en la utilización de la contratación temporal y que el Acuerdo Marco no exige a los Estados miembros convertir una relación laboral temporal en fija cuando existan normas internas que permitan sancionar y disuadir el abuso en la contratación temporal.

Los citados órganos de la Comunidad de Madrid, demandados, añadieron que, en los asuntos C-59/22 y C-159/22, el tribunal remitente había ampliado el objeto de los litigios principales al incluir en las peticiones de decisión prejudicial cuestiones relativas a la concesión de una indemnización en favor de los trabajadores afectados, cuando éstos se habían limitado a solicitar el reconocimiento de la fijeza de su relación laboral. Esas cuestiones eran de naturaleza meramente hipotética, por lo que procedía declarar su inadmisibilidad.

Sobre el fondo, la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid y el Gobierno español argumentaron, de acuerdo a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que la figura del “trabajador indefinido no fijo” cumplía la tres medidas que la cláusula 5ª.2 del Acuerdo Marco impone a los Estados para prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. La “razón objetiva” de dicha modalidad contractual era garantizar el acceso al empleo público, cumpliendo los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y corrigiendo la contratación irregular en el sector público; existía una duración máxima fijada por la convocatoria de la vacante en un plazo legal máximo, que el trabajador podía activar; y este tipo de contratos no se sujetaba a renovaciones.

V. Normativa aplicable al caso

1. Derecho de la Unión

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:

Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, anexo a la Directiva 1999/70/CE:

Cláusula 2 “Ámbito de aplicación”

“1. El presente Acuerdo se aplica a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro.

2. Los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, podrán prever que el presente Acuerdo no se aplique a:

a) las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje;

b) los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos”.

Cláusula 3. “Definiciones”

“1.A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por “trabajador con contrato de duración determinada”: el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado;

- Cláusula 5. “Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva”

“1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros,

previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

- a) se considerarán "sucesivos";
- b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido".

2. *Derecho español*

- Artículo 23

[...]

"2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes".

Artículo 103

[...]

"3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones".

Estatuto de los Trabajadores (texto refundido de 2015, aplicable a los hechos de los litigios principales)

Artículo 15. "Duración del contrato"

[...]

"3. Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley".

[...]

"5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos".

Disposición adicional decimoquinta. "Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas":

"1.Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento

de contratos surtirá efectos en el ámbito de las administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.

En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo”.

[...]

Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (texto refundido de 2015, modificado por el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, aplicable a los hechos de los litigios principales).

Artículo 8. “Concepto y clases de empleados públicos”

“1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales

2. Los empleados públicos se clasifican en:

- a) Funcionarios de carrera.
- b) Funcionarios interinos.
- c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.
- d) Personal eventual”.

Artículo 11. “Personal laboral”

“1. Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal”.

[...]

“3. Los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia”.

Artículo 55. “Principios rectores”

“1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico”

[...]

Artículo 70. “Oferta de empleo”

“1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un

diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.

2. La Oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente”

[...]

Disposición adicional decimoséptima. “Medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público”

“1. Las Administraciones Públicas serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma y, en especial, velarán por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino”

[...]

“2. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas”.

[...]

“5. En el caso del personal laboral temporal, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica.

Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades.

No habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria”.

Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público

Disposición transitoria segunda. “Efectos”

“Las previsiones contenidas en el artículo 1 de este real decreto-ley”, que introdujo en el EBEP la Disposición adicional decimoséptima. “Medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público”, “serán de aplicación únicamente respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor”, el 8 de julio de 2021.

Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018

Disposición adicional cuadragésima tercera. “Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral”

“Uno. Los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, deberán formalizarse siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el

Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con las previsiones de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siéndoles de aplicación los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y debiendo respetar en todo caso lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades.

Dos. Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.

Tres. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas”

[...]

VI. Doctrina básica

1. Sobre la competencia del Tribunal de Justicia, en los casos de autos, para emitir un pronunciamiento prejudicial; y sobre la inadmisibilidad de dos cuestiones prejudiciales

Comienza el Tribunal de Justicia declarando, conforme a su jurisprudencia, su competencia para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional “todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que le permitan apreciar la compatibilidad de las normas de Derecho interno con la normativa de la Unión”. Recuerda la presunción de pertinencia de las cuestiones relativas a la interpretación del Derecho de la Unión, confirmada en los casos de autos por las dudas del tribunal remitente acerca de la inclusión de la relación de los “trabajadores indefinidos no fijos” en las cláusulas 2ª y 3ª del Acuerdo Marco sin que esa sanción contractual sea adecuada para corregir los abusos en la contratación laboral sucesiva conforme a la cláusula 5ª, y en su decir jurisdiccional tradicional –“no resulta evidente”- descarta que la interpretación de las cláusulas 2ª, 3ª y 5ª del Acuerdo Marco solicitada por el tribunal remitente no guarde relación con la realidad y con el objeto de los litigios principales o que las cuestiones relativas a la concesión de una indemnización, prevista en el Derecho español como medida sancionadora del recurso abusivo a las relaciones laborales temporales de acuerdo a las exigencias de la Directiva 1999/70, susciten un problema de naturaleza meramente hipotética. El que el Tribunal de Justicia se hubiera pronunciado ya sobre la conversión de las relaciones laborales temporales en “indefinidas no fijas” como una medida que podría ser apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco en las sentencias Martínez Andrés y Castrejana López, de 2016, apartado 53, e IMIDRA, de 2021, apartado 73, era, precisamente la cuestión de fondo que debía resolverse.

No obstante, el Tribunal de Justicia declara inadmisibles la 13ª cuestión prejudicial planteada en el asunto C-59/22, relativa a si el trabajador no despedido tiene derecho, por el padecimiento de su temporalidad, a una indemnización igual o superior a la de 20 días de salario por año trabajado hasta el límite de una anualidad de salario, legalmente prevista en caso de despido, a determinar por los Tribunales de no cuantificarse legalmente, por el uso de sucesivas contrataciones o renovación de su contrato contrarias a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, y la 14ª cuestión prejudicial del

mismo asunto, referida a la eventual particular incidencia en esta problemática de una relación laboral indefinida discontinua, materializada en una cascada de contratos temporales, celebrados temporada tras temporada. La 13ª cuestión prejudicial estaba falta de las obligadas explicaciones e indicaciones sobre las disposiciones y la jurisprudencia relativas a dicha indemnización en el Derecho español, defectos de los que también adolecía la 14ª cuestión prejudicial, siempre del asunto C-59/22, a los que se añadía la falta de explicación por el tribunal remitente acerca de la especial afectación de las cláusulas 2ª, 3ª y 5ª del Acuerdo Marco por los contratos de “personal laboral indefinido discontinuo”, dentro de los “contratos indefinidos no fijos”.

En fin, pese a su admisión, el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre la 9ª cuestión prejudicial en los asuntos C-59/22 y 110/22, aquejada de una sobrevenida improcedencia ante la respuesta dada a la cuestión prejudicial 8ª en ambos asuntos.

2. Sobre los trabajadores indefinidos no fijos, trabajadores con contratos de duración determinada “sucesivos” al ser prorrogados automáticamente por la falta de convocatoria de sus plazas en el plazo legal establecido; y la inexistencia en el Derecho español de medidas efectivas de prevención y sanción de los abusos en la utilización sucesiva de contratos indefinidos no fijos; y sobre el posible recurso por el Tribunal cuestionante a la conversión automática en fijos de esos contratos indefinidos no fijos abusivos y su “deber” de modificar la jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación de las disposiciones constitucionales (principios de igualdad, mérito y capacidad), incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco

En su respuesta a todas las demás cuestiones prejudiciales admitidas, el Tribunal de Justicia sienta las premisas, obtenidas del planteamiento de las respectivas cuestiones prejudiciales 1ª de los asuntos C-59/22 y C-110/22, de que, en el Derecho español, en el ámbito del sector público, el concepto de “trabajador indefinido no fijo” constituye una creación jurisprudencial y que debe distinguirse del concepto de “trabajador fijo”; de que la relación laboral del “trabajador indefinido no fijo” esta sujeta a una causa extintiva específica, cual es la cobertura de la plaza que ocupa, que la Administración concernida está obligada a cubrir según el procedimiento establecido de acuerdo a los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad; y de que, cubierta la plaza, el contrato del trabajador indefinido no fijo queda extinguido, salvo si el propio trabajador ha participado en el procedimiento y obtenido la adjudicación de dicha plaza.

De esas premisas resulta la conclusión, sostenida por nuestro Tribunal Supremo, de que el contrato de los trabajadores indefinidos no fijos tiene una duración limitada por el hecho de la ocupación definitiva de las plazas temporalmente ocupadas por ello por su adjudicación definitiva a quienes hayan superado las oposiciones convocadas por las Administraciones afectadas. Y la que sienta el Tribunal de Justicia de que la y el demandante en los litigios principales en los asuntos C-59/22 y C-110/22 tienen la condición de “trabajador con contrato de duración determinada”, en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo Marco, y, por lo tanto, están comprendidos en el ámbito de aplicación de este último.

Esencial en la prevención y sanción de la utilización abusiva de los contratos de duración determinada, conforme a la cláusula 5ª.1 del Acuerdo Marco, es que el abuso traiga causa de la “utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada”, “de modo que un contrato que sea el primer y único contrato de trabajo de duración determinada no está incluido en el ámbito de aplicación de esa disposición”, afirma el Tribunal de Justicia con apoyo en la sentencia IMIDRA, apdo. 28 y jurisprudencia allí citada. En el caso de los trabajadores indefinidos no fijos, su relación laboral temporal es de duración indefinida en tanto las Administraciones no convoquen los procedimientos reglamentarios de cobertura definitiva de sus plazas. En el caso C-50/22, no se había convocado ninguna prueba de selección desde hacía 27 años, y en el caso C-110/22 la situación de temporalidad indefinida se prolongaba durante 20 años por el aplazamiento de la convocatoria. Entender que la relación laboral de indefinido no fijo es una única relación de duración determinada oculta la

realidad -la sucesión de distintos contratos temporales prorrogados automáticamente o renovados tácitamente por causa del incumplimiento por el empleador público de la obligación legal de convocar la cobertura definitiva de la plaza en el plazo legal establecido- y pone en cuestión “el objeto, la finalidad y la efectividad” del Acuerdo Marco, empleando a trabajadores precarios durante años para la cobertura abusiva de necesidades permanentes de personal de las Administraciones públicas. En los litigios principales, la falta de convocatoria temporánea por las Administraciones produjo la prórroga automática y renovación de los contratos indefinidos no fijos, dando lugar a contratos “sucesivos” a efectos de la cláusula 5ª.1 del Acuerdo Marco, “extremo que corresponde comprobar al tribunal remitente”.

Rechaza el Tribunal de Justicia la existencia, en el Derecho español, de medidas dirigidas a prevenir, y, después, a sancionar los abusos en la utilización de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, tal como exige a los Estados la cláusula 5ª.1 del Acuerdo Marco. La garantía del acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y la finalidad de corregir las irregularidades de la contratación temporal por los organismos públicos, que basaron la creación jurisprudencial de la contratación indefinida no fija, podían explicar la aplicación de esta modalidad contractual, pero no eran “razones objetivas” que justificasen “la renovación de tales contratos o relaciones laborales”, como pide literalmente la letra a) del apartado 1 de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. La convocatoria de procesos selectivos para la cobertura definitiva de las plazas ocupadas provisionalmente por los trabajadores indefinidos no fijos, dentro de los plazos establecidos, podía prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. Sin embargo, ni los plazos de las convocatorias públicas se respetaban, ni esas convocatorias eran frecuentes, lo que ha de comprobar el tribunal remitente. En consecuencia, la normativa española no garantiza la efectividad del resultado perseguido por el Acuerdo Marco y su cláusula 5ª.

Se adentra la sentencia en el juicio de adecuación a dicha cláusula 5ª del Acuerdo Marco del reconocimiento por el Tribunal Supremo del pago de una indemnización tasada, de veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, a los trabajadores indefinidos no fijos cuyo contrato se extinga por la cobertura por otra persona de la plaza que venían desempeñando provisionalmente, pues los trabajadores indefinidos no fijos han podido no participar en el proceso selectivo o participar sin superarlo. Vuelve el Tribunal de Justicia a su jurisprudencia, a la sentencia IMIDRA, apartado 74, y niega que esa indemnización, por sí sola, sea idónea para cumplir el objetivo de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco de prevenir los abusos, ya que su abono “parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada”.

La disposición adicional 43ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 y la disposición adicional 17ª del EBEP, introducida por el Real Decreto-ley 14/2021, vigente en el momento de los hechos de los litigios principales, tampoco superan el juicio de adecuación o conformidad con la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, dada la indefinición e imprecisión de sus mandatos normativos en lo referido a la obligación legal de las Administraciones públicas de evitar “irregularidades en la contratación laboral temporal [...] que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo” (LP.2018), y a la imputación de responsabilidades a dichas Administraciones y entidades del sector público por su incumplimiento “de conformidad con la normativa vigente” en cada una de ellas, que no se identifica (EBEP). Recogiendo las opiniones y datos del tribunal remitente -que no tenía constancia de que se hubiera “exigido responsabilidad a ninguna Administración Pública por haber promovido o suscrito sucesivos contratos temporales”, y sin perjuicio de sus comprobaciones sobre la efectividad de la normativa aprobada para evitar y sancionar los abusos en la contratación temporal sucesiva, el Tribunal de Justicia desechó la comparación de las normas españolas con el mecanismo italiano de responsabilidad de las Administraciones, que en su sentencia de 7 de marzo de

2018, Santoro, C-494/16, EU:C:2018:166, había servido para conformar la normativa italiana con la cláusula 5ª del Acuerdo Marco.

Se enfrenta, embocando la recta final de su sentencia, el Tribunal de Justicia a los procesos de consolidación del empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores temporales, entre ellos los trabajadores indefinidos no fijos, y su resultado incierto para éstos, que pueden perder su empleo si no superan las pruebas correspondientes, al regirse esas convocatorias por los principios constitucionales/legales de igualdad, libre concurrencia, publicidad, mérito y capacidad.

Afirma la sentencia que los procesos excepcionales y masivos de estabilización de los empleos públicos temporales, para la reducción de la elevada tasa de temporalidad en el empleo público, no son medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal. En su argumentación, la llamada indiscriminada al acceso a la estabilidad en el empleo dirigida a trabajadores víctimas de abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal y a otros candidatos que no lo han sido, no sanciona debidamente la utilización abusiva de los contratos de los indefinidos no fijos sucesivamente prorrogados, no repara el incumplimiento del Derecho de la Unión y, en definitiva, no satisface finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco, sin perjuicio de la comprobación que corresponde al órgano judicial remitente.

Llega así la sentencia del Tribunal de Justicia a la cuestión esencial de la posible conversión en fijos de los contratos indefinidos que no lo son por causa de su utilización sucesiva abusiva ante la desidia administrativa, pregunta esencial del Tribunal cuestionante (cuestiones prejudiciales 10ª y 11ª en los asuntos C-59/22 y 110/22 y 4ª y 5ª del asunto 159/222), según sus propias palabras, “aún cuando tal conversión sea contraria a los artículos 23, apartado 2, y 103, apartado 3, de la Constitución, tal como han sido interpretados por el Tribunal Supremo”.

Desde el punto de vista de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, que es el que necesariamente adopta el Tribunal de Justicia, dicha norma no obliga a los Estados a esa conversión contractual considerada inconstitucional por el Tribunal Supremo y no por el Tribunal Constitucional según el órgano judicial remitente. Sin embargo, dicha cláusula 5ª respalda esa conversión contractual como mecanismo de estabilidad en el empleo y de protección de los trabajadores y, por ello, como medida que sanciona efectivamente la utilización abusiva de los contratos indefinidos no fijos prorrogados automáticamente. La cláusula 5ª obliga a los Estados a adoptar alguna medida legal aplicable -las que enuncia la propia cláusula 5ª.1 u otras equivalentes- para prevenir y, después, sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivas relaciones laborales de duración determinada, de modo que si la conversión contractual no es posible en nuestro sistema constitucional, su resultado no puede ser el incumplimiento de aquella cláusula, que, carente de un contenido incondicional y suficientemente preciso para poder ser invocada por un particular ante una tribunal nacional, exige, no obstante, a los órganos jurisdiccionales nacionales interpretar el Derecho interno de conformidad con el Derecho de la Unión, “inherente al sistema del Tratado FUE”, para garantizar su plena efectividad, con los límites conocidos establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre ellos que esa interpretación conforme no puede desembocar en una interpretación *contra legem* del Derecho nacional.

A partir de aquí la doctrina del Tribunal de Justicia sigue una argumentación de fuerza creciente.

Corresponde, pues, al tribunal remitente “apreciar si las disposiciones pertinentes de la Constitución pueden interpretarse, en su caso, de conformidad con la cláusula 5 del Acuerdo Marco a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva 1999/70 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta”; apreciación que ha de hacer sin considerarse impedido por una jurisprudencia que hubiera venido sosteniendo una interpretación disconforme con el Derecho de la Unión. Bien al contrario, si el tribunal remitente alcanzase la conclusión de que nuestro ordenamiento

jurídico interno carece de cualquier medida efectiva impeditiva y, en su caso, sancionadora de la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada en el sector público, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, podría recurrir a la conversión de esos contratos en fijos. Con el añadido final de que si el tribunal remitente considerase que la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, a diferencia de la del Tribunal Constitucional, se opone a tal conversión, debería modificar la "jurisprudencia del Tribunal Supremo si esta se basa en una interpretación de las disposiciones de la Constitución incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de la cláusula 5 del Acuerdo Marco".

VII. Parte dispositiva

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara:

- Las cláusulas 2 y 3 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, deben interpretarse en el sentido de que un trabajador indefinido no fijo debe considerarse un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos de dicho Acuerdo Marco, y, por lo tanto, está comprendido en el ámbito de aplicación de este último.
- La cláusula 5 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 la expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada», que figura en dicha disposición, comprende una situación en la que, al no haber convocado la Administración en cuestión, en el plazo establecido, un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo, el contrato de duración determinada que vincula a ese trabajador con dicha Administración ha sido prorrogado automáticamente.
- La cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), 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 se opone a una normativa nacional que no prevé ninguna de las medidas contempladas en esta disposición ni «medida legal equivalente» alguna, a efectos de esta, para evitar la utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos.
- La cláusula 5 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 se opone a una normativa nacional que establece el pago de una indemnización tasada, igual a veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, a todo trabajador cuyo empleador haya recurrido a una utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, cuando el abono de dicha indemnización por extinción de contrato es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos.
- La cláusula 5 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 se opone a unas disposiciones nacionales según las cuales las «actuaciones irregulares» darán lugar a la exigencia de responsabilidades a las Administraciones Públicas «de conformidad con la normativa vigente en cada una de [dichas] Administraciones Públicas», cuando esas disposiciones

nacionales no sean efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme a la citada cláusula.

- La cláusula 5 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 se opone a una normativa nacional que establece la convocatoria de procesos de consolidación del empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores temporales, entre ellos los trabajadores indefinidos no fijos, cuando dicha convocatoria es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de tales contratos de duración determinada.
- La cláusula 5 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, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, con arreglo a esta cláusula 5, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida. Corresponde, en su caso, al tribunal nacional modificar la jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de dicha cláusula 5".

VIII. Pasajes decisivos

- "[...] dada la naturaleza del contrato indefinido no fijo, tal como se define, según el tribunal remitente, en el Derecho español, debe considerarse que unos trabajadores como los demandantes en los litigios principales en los asuntos C-59/22 y C-110/22 tienen la condición de «trabajador con contrato de duración determinada», en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo Marco, y, por lo tanto, están comprendidos en el ámbito de aplicación de este último" (apartado 65).
- "[...] del tenor de [...la cláusula 5, apartado 1] del Acuerdo Marco y de reiterada jurisprudencia se desprende que dicha disposición solo se aplica en el supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, de modo que un contrato que sea el primer y único contrato de trabajo de duración determinada no está incluido en el ámbito de aplicación de esa disposición (sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, [...], apartado 28 y jurisprudencia citada)" (apartado 70).
- "[...] el tribunal remitente puntualiza que el contrato indefinido no fijo no tiene establecida una fecha determinada de extinción, sino que su finalización está supeditada a la cobertura de la plaza en cuestión y que la convocatoria del procedimiento para la cobertura de dicha plaza es obligatoria para la Administración" (apartado 76).
- "[...] el tribunal remitente señala, en el marco del asunto C-59/22, que no se ha convocado ninguna prueba de selección desde el inicio de la relación laboral indefinida no fija controvertida en el litigio principal, es decir, desde hace 27 años. Asimismo, de la petición de decisión prejudicial presentada en el asunto C-110/22 resulta que la convocatoria fue aplazada y aún no había tenido lugar en la fecha de interposición del recurso principal en este asunto, de modo que el demandante en el litigio principal está vinculado a la Administración de que se trata en virtud de un contrato indefinido no fijo desde hace 20 años" (apartado 77).

- “En los casos de autos, dado que la Administración en cuestión no convocó en el plazo establecido un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo, las prórrogas automáticas de dicho contrato de duración determinada pueden asimilarse a renovaciones y, por consiguiente, a la celebración de distintos contratos de duración determinada. De ello se deduce que las situaciones controvertidas en los litigios principales de los asuntos C-59/22 y C-110/22 no se caracterizan por la celebración de un único contrato, sino por la celebración de contratos que efectivamente pueden calificarse de «sucesivos» a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, extremo que corresponde comprobar al tribunal remitente” (apartado 81).
- “[...] el tribunal remitente precisa que, en la medida en que el concepto de «contrato indefinido no fijo» es una creación jurisprudencial, no existe normativa española para este tipo de contrato. Por lo tanto, afirma que el legislador español no ha adoptado ninguna de las medidas previstas en la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco para evitar los abusos que pudieran derivarse de la utilización de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente” (apartado 83).
- “De los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que tanto la demandada en el litigio principal del asunto C-59/22 como el Gobierno español alegan que, como consideró el Tribunal Supremo, la figura del «trabajador indefinido no fijo» responde a las características de las tres medidas enunciadas en la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Consideran que, en primer término, hay una razón objetiva para la aplicación de esta modalidad contractual: la garantía del acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, remediando al mismo tiempo una situación de contratación irregular en el sector público, hasta el momento en que se produzca la cobertura de la plaza; en segundo término, hay una duración máxima que depende de la convocatoria de la vacante, convocatoria que el trabajador contratado puede activar y que debe producirse en un plazo máximo conforme al Derecho español, y, en tercer término, se excluye la sucesión, porque no hay renovaciones de este tipo de contrato” (apartado 93).
- “Por lo que respecta [...] a [...] la garantía del acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, remediando al mismo tiempo una situación de contratación irregular en el sector público, hasta el momento en que se produzca la cobertura de la plaza, debe señalarse, como resulta del propio tenor de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco, que esta última disposición se refiere a las razones objetivas que justifiquen la «renovación» de los contratos de duración determinada y no a las razones objetivas que justifiquen la aplicación, como tal, de un tipo de contrato, como el contrato indefinido no fijo” (apartado 95).
- “[...] la convocatoria, dentro de los plazos establecidos, de procesos selectivos para la cobertura definitiva de las plazas ocupadas provisionalmente por trabajadores temporales, es [...] medida [...] adecuada para evitar que se perpetúe la situación de precariedad de dichos trabajadores, al garantizar que las plazas que ocupan se cubran rápidamente de manera definitiva (sentencia de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, EU:C:2020:219, apartado 94)” (apartado 96).
- “[...] la convocatoria de tales procesos dentro de los plazos establecidos puede prevenir, en principio, los abusos derivados de la utilización sucesiva de relaciones laborales de duración determinada a la espera de

que dichas plazas se cubran de manera definitiva (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, [...], apartado 95)” (apartado 97).

- “[...] de las peticiones de decisión prejudicial se desprende que, en los casos de autos, pese a que la normativa aplicable en los litigios principales establece plazos concretos para que la Administración de que se trate convoque tales procesos, en realidad dichos plazos no se respetan y esos procesos son poco frecuentes” (apartado 98).
- “una normativa nacional que prevé la convocatoria de procesos selectivos que tienen por objeto cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas provisionalmente por trabajadores temporales, así como los plazos concretos a tal fin, pero que no garantiza que esos procesos se convoquen efectivamente, no parece que pueda evitar la utilización abusiva, por parte del empleador de que se trate, de sucesivas relaciones laborales de duración determinada (sentencia de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, [...], apartado 97)” (apartado 99).
- “En consecuencia, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponderá efectuar al tribunal remitente, no parece que tal normativa constituya una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme al Acuerdo Marco y, por lo tanto, no puede calificarse como «medida legal equivalente», a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco” (apartado 100).
- “En los casos de autos, de las peticiones de decisión prejudicial resulta que, de conformidad con el Derecho español, se reconoce una indemnización tasada a los trabajadores indefinidos no fijos cuando su contrato se extingue por cobertura de la plaza, lo que supone, bien que han participado en el proceso selectivo y que no lo han superado, o bien que no han participado en dicho proceso” (apartado 105).
- “[...]el abono de una indemnización por extinción de contrato no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo Marco [...]. En efecto, tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada (sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, [...], apartado 74 y jurisprudencia citada) (apartado 106).
- “[...] esa medida no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión y, por consiguiente, no parece constituir, por sí sola, una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme al Acuerdo Marco [...] (véase la sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, [...], apartado 75 y jurisprudencia citada) (apartado 107).
- “[...] el propio tribunal remitente parece albergar dudas en cuanto a la conformidad, con la cláusula 5 del Acuerdo Marco, de [...] la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 y la disposición adicional decimoséptima del EBEP introducida por el Real Decreto-ley 14/2021. Según dicho tribunal, en primer término, la expresión «actuaciones irregulares» no está definida y, por lo tanto, es demasiado imprecisa para permitir la imposición de sanciones o la imputación de responsabilidades que cumplan con un principio de tipicidad y certeza. En segundo término, estas disposiciones nacionales no especifican las responsabilidades que se pueden exigir y se

limitan a remitirse a «la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas», que no puede identificarse. En tercer término, el tribunal remitente no tiene constancia de que se haya exigido responsabilidad a ninguna Administración Pública por haber promovido o suscrito sucesivos contratos temporales” (apartado 112).

- [...] procede declarar que, habida cuenta del marco jurídico nacional mencionado en las peticiones de decisión prejudicial, el tenor de la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 y el de la disposición adicional decimoséptima del EBEP parecen tener un grado de ambigüedad y de abstracción tal que no resultan comparables al mecanismo italiano de responsabilidad de las Administraciones, al que se refiere el Tribunal de Justicia en la sentencia de 7 de marzo de 2018, Santoro (C-494/16, EU:C:2018:166), que, junto con otras medidas efectivas y disuasorias, había sido declarado adecuado para fundamentar la conformidad de la normativa italiana con la cláusula 5 del Acuerdo Marco, sin perjuicio de las comprobaciones que incumbían al tribunal remitente en el asunto que dio lugar a dicha sentencia” (apartado 113).
- “[...] aun cuando la convocatoria de procesos selectivos ofrezca a los empleados públicos que hayan sido contratados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones laborales de duración determinada la oportunidad de intentar acceder a la estabilidad en el empleo, ya que, en principio, pueden participar en dichos procesos, tal circunstancia no exime a los Estados miembros del cumplimiento de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada. En efecto, esos procesos, cuyo resultado es además incierto, también están abiertos, en general, a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, [...], apartado 100) (apartado 117).
- “[...] la convocatoria de los procedimientos de consolidación prevista en el Derecho español, sin perjuicio de la comprobación que incumbe al tribunal remitente, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivas relaciones laborales indefinidas no fijas y, por lo tanto, eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión” (apartado 120).
- “[...] de reiterada jurisprudencia se deriva que la cláusula 5 del Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros la obligación de convertir en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada [...] [sentencia de 7 de abril de 2022, Ministero della Giustizia y otros (Estatuto de los jueces de paz italianos), C-236/20, EU:C:2022:263, apartado 60 y jurisprudencia citada]” (apartado 124).
- “[...] con arreglo a la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo Marco, entre las medidas que permiten prevenir la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada se halla la facultad de los Estados miembros de convertir las relaciones laborales de duración determinada en relaciones laborales por tiempo indefinido, al ser la estabilidad laboral que ofrecen estas últimas el principal factor de protección de los trabajadores (sentencia de 8 de mayo de 2019, Rossato y Conservatorio di Musica F. A. Bonporti, C-494/17, EU:C:2019:387, apartado 39)” (apartado 125).

- “Para que pueda considerarse conforme con el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada una normativa nacional, como la normativa española controvertida en los litigios principales, interpretada por el Tribunal Supremo, que, en el sector público, prohíbe convertir en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada, como los contratos indefinidos a fijos de que se trata en los litigios principales, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contener, en dicho sector, otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada [véase, en este sentido, la sentencia de 7 de abril de 2022, Ministerio della Giustizia y otros (Estatuto de los jueces de paz italianos), C-236/20, EU:C:2022:263, apartado 62 y jurisprudencia citada]” (apartado 127).
- “[...] el Tribunal de Justicia ha declarado que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco no es, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional [...]” (apartado 129)
- “[...] es jurisprudencia reiterada que, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288 TFUE, párrafo tercero. Esta obligación de interpretación conforme se refiere al conjunto de las disposiciones del Derecho nacional, tanto anteriores como posteriores a dicha directiva [sentencia de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros (Sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público), C-760/18, EU:C:2021:113, apartado 65 y jurisprudencia citada]” (apartado 130).
- “[...] en los casos de autos, incumbirá al tribunal remitente interpretar y aplicar las disposiciones pertinentes del Derecho interno, en la medida de lo posible y cuando se haya producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, de manera que se sancione debidamente ese abuso y se eliminen las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión. En este marco, incumbirá al tribunal remitente apreciar si las disposiciones pertinentes de la Constitución pueden interpretarse, en su caso, de conformidad con la cláusula 5 del Acuerdo Marco a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva 1999/70 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta [véase, por analogía, la sentencia de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros (Sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público), C-760/18, EU:C:2021:113, apartado 69 y jurisprudencia citada] (apartado 134).
- “[...] el Tribunal de Justicia ha declarado que la exigencia de interpretación conforme obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho interno incompatible con los objetivos de una directiva. Por lo tanto, el tribunal nacional no puede considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar una norma nacional de conformidad con el Derecho de la Unión por el mero hecho de que, de forma reiterada, se haya interpretado esa norma en un sentido incompatible con ese Derecho (sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 86 y jurisprudencia citada)” (apartado 135).

- “[...] en el supuesto de que el tribunal remitente considerase que el ordenamiento jurídico interno de que se trata no contiene, en el sector público, ninguna medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, la conversión de estos contratos en una relación laboral de duración indefinida podría constituir tal medida” (apartado 136).
- “[...] si, en ese supuesto, el tribunal remitente considerase, además, que la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, a diferencia de la del Tribunal Constitucional, se opone a tal conversión, el tribunal remitente debería entonces modificar dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo si esta se basa en una interpretación de las disposiciones de la Constitución incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de la cláusula 5 del Acuerdo Marco” (apartado 137).

IX. Comentario. El deterioro del contrato indefinido no fijo y la falta de medidas efectivas para evitar el abuso de su temporalidad indefinida. constitución y derecho de la Unión

Siendo una sentencia realmente importante por su doctrina sobre la posibilidad de conversión automática en trabajadores fijos de los indefinidos no fijos de larga duración y sobre el deber de los órganos judiciales nacionales de interpretación conforme de nuestra Constitución con la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, que habilita a los órganos judiciales inferiores a modificar la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, claro es, por su afectación a “la más preocupante manifestación en el ámbito laboral del abuso de la temporalidad, la relación laboral del trabajador indefinido no fijo de plantilla” (J.B. Vivero Serrano), no es de extrañar que haya dado lugar ya a varios comentarios doctrinales, que pueden consultarse en los blogs y en los *briefs* de la AEDTSS. El *brief* que acabo de citar del profesor Vivero lleva por título “*La temporalidad abusiva en el sector público ante el TJUE: ¿y ahora qué?*”, *Briefs AEDTSS*, 30, 2024. Expresivamente el análisis de E. Rojo en su *blog* se denomina “*Estamos de acuerdo ... en que no hay acuerdo. El muy intenso debate doctrinal y judicial sobre las consecuencias, y aplicación de la sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2024 (“Indefinidos no fijos y posible “fijeza”)*”.

1. La forma de la sentencia y su enraizamiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Se trata de una sentencia larga, de 139 apartados, bien construida, pero no siempre bien informada por el órgano judicial cuestionante, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la Sección 2 de su Sala de lo Social en punto a las insuficiencias de nuestro ordenamiento para cumplir la cláusula 5ª del Acuerdo Marco en el sector público, en tema absolutamente clave como el referido a la presunta oposición entre la jurisprudencia social y la constitucional sobre el principio de igualdad, y los de mérito y capacidad, en su juego aplicativo y rector del acceso de trabajadores, sujetos a contratos de trabajo, al empleo público, fijo y temporal.

La sentencia sigue el orden de la miscelánea de cuestiones prejudiciales remitidas por el Tribunal social español en cada uno de los asuntos acumulados, que agrupa sistemáticamente por su unidad temática, y que únicamente altera para adelantar, con razón, la respuesta a la 12ª cuestión prejudicial de los asuntos C-59/22 y C-110/22 y a la 6ª cuestión prejudicial del asunto C-159/22, relativas a la convocatoria de procesos de consolidación del empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores temporales y por trabajadores indefinidos no fijos y su oposición a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, al enjuiciamiento de las cuestiones 10ª y 11ª de los asuntos C-59/22 y C-110/22 y 4ª y 5ª del asunto C-159/22, sobre la desconcertante oposición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional a propósito de la presunta inaplicación a las relaciones contractuales en régimen de derecho laboral privado en el empleo público

de los principios constitucionales rectores del acceso a la función pública. Estas cuestiones contienen la pregunta sobre la posible conversión automática del contrato del indefinido no fijo en fijo, incluso contradiciendo la interpretación de la Constitución por el Tribunal Supremo.

La sentencia se apoya frecuentemente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, formada fundamentalmente en respuesta a cuestiones prejudiciales de órganos judiciales españoles, italiano y griego. Contiene 40 citas de sentencias, de ellas se lleva la palma la sentencia IMIDRA con 19 remisiones, casi la mitad. A distancia se sitúa la sentencia M.V. y otros, de 11 de febrero de 2021, ya citada, para la cuestión de la interpretación conforme del ordenamiento nacional constitucional con el Derecho de la Unión, y la sentencia Domingo Sánchez Ruiz, Berta Fernández Álvarez y otras c. Servicio Madrileño de Salud, de 19 de marzo de 2020, sobre la convocatoria de procesos selectivos.

2. Las novedades de la sentencia; y los procesos de estabilización del empleo temporal

La novedad principal de la sentencia se sustancia en la consideración de la conversión “automática” de los contratos de indefinidos no fijos en indefinidos fijos como posible medida adecuada para dar cumplimiento a los objetivos de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, ante la falta de otras medidas idóneas para reparar las infracciones por nuestro ordenamiento del Derecho de la Unión. La difícil inserción de la medida en nuestra Constitución conduce al Tribunal de Justicia a señalar al órgano judicial remitente que puede adoptar esa conversión contractual, modificando para ello, si fuese preciso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aplicase la Constitución y la ley en modo incompatible con el Derecho de la Unión.

A partir de la reiteración de la doctrina de la sentencia IMIDRA sobre la consideración de la superación del plazo de la convocatoria de provisión de las plazas por las Administraciones públicas y sus entidades instrumentales, por falta de esa convocatoria o por su aplazamiento, como sucesión prorrogada, equivalente a su renovación automática, de los contratos temporales indefinidos no fijos a efectos de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, la sentencia sienta la consecuencia de la aplicación a esa sucesión contractual en la temporalidad indefinida de la regulación de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco y de la satisfacción de su objetivo, la prevención o sanción eficaz de los abusos en la utilización de la contratación temporal sucesiva.

El recorrido que la sentencia efectúa, de la mano del órgano remitente, por las medidas dispuestas por el ordenamiento español para prevenir y sancionar los abusos en la contratación indefinida no fija ofrece una instantánea del estado de la contratación indefinida no fija en nuestro ordenamiento, que, ante su insuficiencia para la prevención y corrección efectiva, debidamente disuasoria, de los abusos en la prolongación de la temporalidad, arroja, como primera consecuencia, la necesidad de intervención del legislador reformador para hacer factible las medidas que serían efectivas para cumplir con la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. En el ámbito de la libertad de configuración del legislador destacan, por su obviedad, la exigencia rigurosa a las Administraciones y organismos públicos del cumplimiento de su deber de ordenación del empleo fijo para la cobertura de sus necesidades estructurales mediante las convocatorias de plazas, provisionalmente cubiertas, en el tiempo máximo de tres años -o en el que el legislador decida- y la incorporación de indemnizaciones adecuadas a la sanción de los abusos en la contratación temporal de estos trabajadores y proporcionadas a la duración del abuso y a los perjuicios profesionales causados.

La disponibilidad de las Administraciones sobre las convocatorias de los procedimientos reglamentarios de cobertura de las plazas provisionalmente ocupadas por trabajadores/ras indefinidos no fijos, sin observar los plazos, produce la utilización abusiva de sucesivos contratos, prorrogados y renovados, de duración determinada que persigue dicha cláusula 5ª.

Siendo una sentencia muy embebida en jurisprudencia anterior, como ya he dicho, los dos extremos que merecen mayor interés para este comentario son los relativos a la inadecuación de los procesos excepcionales de estabilización del personal temporal para dar efecto a los objetivos de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco por la desvinculación de su convocatoria “de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada” (ya afirmada por la sentencia Sánchez Ruiz y otros, apartado 101), y la posible transformación en fijo de un contrato indefinido no fijo por decisión judicial a la luz de las limitaciones constitucionales a esa conversión, establecidas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Ambos están estrechamente entrelazados, aunque el segundo parte de una concepción simplificada que resulta en una premisa equivocada del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y que éste traslada al tribunal de Justicia en sus cuestiones prejudiciales 11º de los asuntos C-59/22 y C-110/22 y 5ª del asunto C-159/22.

Respecto de lo primero, el legislador ha de tomar buena nota. Ciertamente los de estabilización son procesos concursales libres, que no garantizan el resultado de adjudicación de la plaza a la persona trabajadora que haya padecido el abuso en su contratación temporal, bien que esa situación se tenga en cuenta de manera relevante, incluso determinante en su convocatoria, que no es cierto que sea independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada. El proceso de estabilización de empleo temporal, regulado por el RDL 14/2021 y la Ley 20/2021, que ha de concluir antes de 1 de diciembre de 2024, se dirige a la cobertura de “plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas y estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020” (art. 2.1). Quizás las valoraciones en los concursos-oposición, o en los excepcionales concursos de méritos, de los “años de experiencia”, en que consisten los años de trabajo prestados en provisionalidad, no sea bastante. Dice el art. 2.4.2º del RDL 14/2021 y de la Ley 20/2021: “Sin perjuicio de lo establecido en su caso en la normativa propia de función pública de cada Administración o la normativa específica, el sistema de selección será el de concurso-oposición, con una valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en la fase de oposición, en el marco de la negociación colectiva establecida en el artículo 37.1 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”. Quizás esa priorización de la experiencia deba completarse con una indemnización resultante de procedimientos ágiles de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas o del incumplimiento de los plazos de convocatoria. La profesora Terradillos Ormaetxea ha propuesto la adopción de esa indemnización complementaria, la máxima contemplada en nuestro ordenamiento por despido improcedente, respecto de los indefinidos no fijos que han sufrido el abuso de su situación contractual y se han convertido en fijos por la superación del proceso de estabilización contemplado en la Ley 20/21, que, en su opinión, podrían “reclamar una indemnización por incumplimiento de las obligaciones de la Administración. Dado que la consolidación no es una sanción de la temporalidad abusiva que favorezca sólo a ese personal, aún continuando en el empleo público, por aplicación de la doctrina del TJUE debería ser resarcido en el abuso padecido” (*“Una propuesta sobre el cumplimiento de la doctrina de la STJUE (Sala 6ª), de 22 de febrero de 2024, asuntos C 59/22, 110/22 y 159/22, relativa a la contratación temporal abusiva en el empleo público”, Briefs AEDTSS, 33, 2024*). Habría que aplicar otra indemnización/sanción, superior, a los indefinidos no fijos de larga duración desplazados por el proceso de consolidación o estabilización de la temporalidad abusiva.

No obstante, repito que no puede ignorarse absolutamente que esos procesos de estabilización se han convocado y realizado con la finalidad de rebajar la tasa de temporalidad en el empleo público, poniendo fin a la temporalidad estructural, esto es,

a los abusos de temporalidad *sucesiva*, finalidad que se ha proyectado en las condiciones relativas a los méritos y a su baremación, claramente inclinadas a favorecer a las personas que habían padecido los abusos, radicando en la eliminación del abuso su justificación, en el marco de los principios constitucionales y legales de igualdad, mérito y capacidad. Tal y como está formulada la declaración del Tribunal de Justicia en esta sentencia, y en la sentencia Sánchez Ruiz y otros, no creo que pueda afirmarse sin matices que la convocatoria de esos procesos de estabilización del empleo temporal “es independiente de *cualquier consideración* relativa al carácter abusivo de la utilización de tales contratos de duración determinada”.

Respecto de lo segundo, el límite de la interpretación conforme a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, si se tradujese en la conversión automática en fijo del personal indefinido no fijo, no estaría en únicamente, en principio, en una interpretación *contra legem*, sino también *contra constitutionem*.

3. Los principios de igualdad, mérito y capacidad rectores el acceso al empleo público y la interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo

Fracasadas las medidas del ordenamiento español para evitar el abuso que supone la indefinición temporal característica de la figura contractual de los indefinidos no fijos, es cuestión de primera importancia de la sentencia comentada la conversión “posible” por los jueces y tribunales de los trabajadores temporalmente indefinidos de larga duración, sujetos a una sucesión contractual abusiva, en trabajadores fijos. Lo es en sí misma, en cuanto remedio automático, que daría adecuado cumplimiento a las exigencias de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco como última “ratio”, ante la falta de medidas adecuadas en nuestro Derecho nacional para cumplir el Derecho de la Unión y, en concreto, la citada cláusula 5ª del Acuerdo Marco, y lo es porque la sentencia nos mete de lleno en la Constitución y en la función del Tribunal Supremo por causa de las peticiones de prejudicialidad del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En sí misma considerada, no hay en la sentencia comentada una apertura incondicionada a la elección de la conversión de los contratos indefinidos no fijos en fijos. Es cierto que la hay en su apartado 128, en que la sentencia declara con efectos generales la conformidad de la medida con el Derecho de la Unión, con la cláusula 5 del Acuerdo Marco: “una normativa que establece una norma imperativa según la cual, en caso de utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada, como los contratos indefinidos no fijos de que se trata en los litigios principales, estos contratos se convierten en relación laboral de duración indefinida puede implicar una medida que sanciona efectivamente tal utilización abusiva y, por lo tanto, debe considerarse conforme con la cláusula 5 del Acuerdo Marco, con cita de la sentencia de 8 de mayo de 2019, Rossato, C-494/17, apartado 40. Sin embargo, el lenguaje cambia en el diálogo directo del Tribunal de Justicia con el órgano remitente. Ahí hay cierta parquedad en su contemplación: ante la falta de medidas adecuadas, “la conversión de estos contratos en una relación laboral de duración indefinida *podría constituir tal medida*” [apartado 136 y fallo, 7)]. La hay también en el llamamiento, que ciertamente es explícito, al órgano cuestionante para que efectúe una interpretación de nuestra Constitución compatible con la del Derecho de la Unión y para que “si considerase [...] que la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, a diferencia de la del Tribunal Constitucional, se opone a tal conversión”, modifique “dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo si esta se basa en una interpretación de las disposiciones de la Constitución incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de la cláusula 5 del Acuerdo Marco” [apartado 137 y fallo, 7). Nada mas y nada menos, dicho esto de una norma que carece de efecto directo y encomienda su cumplimiento a los Estados, aunque, ciertamente, su efecto útil haya de ser respetado por éstos.

El problema arranca de la indebida transmisión de información al Tribunal de Justicia por el órgano remitente, que no ha hecho una exégesis adecuada de la jurisprudencia constitucional.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid no se ha olvidado de la reiterada jurisprudencia constitucional, que ha excluido la aplicación del derecho fundamental de acceso “en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”, del art. 23.2 CE, a los contratados laborales por parte de las Administraciones públicas, “porque ‘las funciones públicas englobadas en la protección que dispensa el art. 23.2 CE son aquéllas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, en el sentido del art. 103.3 CE, esto es, por aquellas personas vinculadas con la Administración [...] mediante una relación de servicios de carácter estatutario (tal y como se encargó de precisar la STC 99/1987), es decir, preordenada legal y reglamentariamente, y no integrada contractualmente’ [...]” (SSTC 281/1993, FJ 2; 186/1996, FJ2; 86/2004, FJ 4; 132/2005, FJ 2).

A partir de ahí el órgano cuestionante ha establecido una pretendida contraposición entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo; este último habría considerado aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad (arts.23.2 y 103.3 CE), a la selección del personal laboral por las Administraciones públicas, y sus organismos públicos dependientes, aplicación que está en el origen de la creación jurisprudencial de la categoría contractual temporal del indefinido no fijo, y son, además, principios legales básicos de aplicación en los procedimientos de selección del personal laboral de cualquier condición por las Administraciones públicas y en los procedimientos de consolidación del empleo temporal (art. 11 y disp. trans. 4ª EBEP, reformado por el RDL 14/2021), lo que el Tribunal Constitucional habría desautorizado. En el apartado 123 de la sentencia de Tribunal de Justicia leemos que el tribunal remitente pregunta si los contratos indefinidos no fijos abusivos “deben convertirse en fijos, aun cuando tal conversión sea contraria a los artículos 23, apartado 2, y 103, apartado 3, de la Constitución, tal como han sido interpretados por el Tribunal Supremo”, lo que se comprueba en las cuestiones prejudiciales 11ª C-59/22, 11ª C-110/22 y 5ª C-159/22.

Ha olvidado la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que es igualmente reiterada la jurisprudencia constitucional que aplica al acceso al empleo público no funcionarial ni estatutario, sino laboral, el derecho a la igualdad del art. 14 CE, con la consiguiente ilegitimidad de establecer requisitos de acceso no sólo discriminatorios, sino también faltos de objetividad, injustificados o arbitrariamente desiguales, pues el principio de igualdad garantiza que los elementos diferenciadores no sean arbitrarios o carezcan de fundamento racional [SSTC 281/1993, FJ 2; 86/2004, FJ 4; 135/2005, FJ 2; 128/2007, FJ 4; 236/2015, FJ 8.c)]. Y que esa jurisprudencia ha concluido que tanto del art. 23.2 CE como del art. 14 CE “resulta aplicable un canon parcialmente equivalente de enjuiciamiento, con independencia del carácter funcionarial o laboral del personal afectado, en la medida en que la igualdad que garantiza el art. 23.2 CE en el acceso a las funciones públicas que desempeña el personal estatutario constituye una especificación del principio de igualdad que garantiza el art. 14 CE en el conjunto de las funciones públicas. A partir de ese canon común, quienes tengan la condición de funcionario disfrutan además de la protección que ofrece la garantía de la predeterminación normativa que consagra el art. 23.2 CE” (STC 236/2015, FJ 8. También aplica el Tribunal Constitucional el art. 14 en relación con el art. 103.3 CE, aunque este precepto, por sí sólo, no pueda ser canon de enjuiciamiento de la jurisdicción de amparo (STC 38/2007, FJ 8). En suma, sobre el principio de igualdad, el art. 23.2, siendo su núcleo primario referido a los cargos electivos y, más específicamente, a los de representación genuinamente política, es de “preferente aplicación” a la función pública, sin dejar de ser concreción del genérico derecho a la igualdad del art. 14 CE (STC 96/1997, FJ 3), aplicable a todos, y, en lo que aquí interesa, a los trabajadores del sector público.

El reciente ATC 427/2023 se pronunció sobre si la no conversión del vínculo laboral temporal en fijo que mantienen las resoluciones judiciales impugnadas “vulnera o no los derechos fundamentales de los arts. 14, 24 y 25 CE” (FJ 1), siendo su respuesta negativa.

Recuerda esta decisión que la vulneración del derecho a la igualdad normativa “la produce solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable, es decir, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional” (STC 86/2004, FJ 4). En el caso, “la decisión del Tribunal Supremo de no transformar en fija la relación laboral temporal se adoptó [...] de conformidad con la legislación interna sobre empleo público, que no cabe reputar contraria al art. 14 CE por el hecho de que impida la citada conversión al exigir la superación de un proceso selectivo *ad hoc* para la adquisición de la condición de personal funcionario de carrera o estatutario fijo. No cabe entender que el personal fijo y el temporal se encuentren a estos efectos en situaciones comparables, pues tal comparabilidad debe apreciarse a la luz de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo y los requisitos de formación y acceso al puesto, entre otros (en sentido análogo, interpretando la prohibición de discriminación de la cláusula 4 del acuerdo marco, STJUE de 21 de noviembre de 2018, asunto C-619/17, *De Diego Porras II*, § 51) [FJ 2.d)].

La cuestión, a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de febrero de 2024, podría también enunciarse en los términos contrarios, esto es, a la vista de las consideraciones de la sentencia del Tribunal de Justicia, si la no conversión judicial del vínculo laboral temporal en fijo vulnera los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 CE), por la negativa a su cumplimiento, la separación irrazonable de aquellas consideraciones y la indebida selección de la norma aplicable al proceso, aunque la cláusula 5ª del Acuerdo Marco no desplace norma alguna de nuestro ordenamiento interno, sino que su campo de acción sea meramente el de la interpretación de conformidad, que alcanza a la Constitución.

No es cierto, en definitiva, que sean distintas las interpretaciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la sumisión, en nuestra Constitución, del acceso al empleo público, en régimen laboral y en régimen funcional/estatutario, a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Remito a los apartados 122 y 137 de la sentencia, en los que se recoge el error que arrastran las cuestiones prejudiciales 11ª del asunto C-110/22 y 5ª del asunto C-159/22.

La cuestión termina en una compleja situación: el órgano judicial remitente puede hacer su propia interpretación de la Constitución y puede modificar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como juez del Derecho de la Unión; así lo ha explicitado el Tribunal de Justicia en aras del principio de interpretación de conformidad con el Derecho de la Unión que, sabemos, tiene su límite, entre otros, en una interpretación *contra legem*. ¿Podría igualmente el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, como juez de la Unión, desplazar la Constitución, el derecho fundamental a la igualdad y su interpretación por el Tribunal Constitucional, en aplicación de una norma del Derecho de la Unión que no tiene capacidad de desplazar las normas internas? ¿A través del principio de interpretación conforme de la Constitución con el Derecho de la Unión? ¿Y la interpretación *contra constitutionem*?

X. Apunte final

No puede evitarse el recuerdo de la sentencia De Diego Porras I, de 14 de septiembre 2016, C-596/14, ECLI:EU:C:2016:683, también dictada por una Sala de tres jueces y oído, sin conclusiones, el Abogado General, aquí Sr. M. Szpunar.

El Pleno de Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha emitido un comunicado, el pasado 7 de marzo, en el que ha anunciado que, en sesión no jurisdiccional, había “analizado el modo de aplicar la STJUE de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22) sobre personal indefinido no fijo, a los múltiples recursos pendientes de resolución” y que había acordado iniciar los trámites para plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Lo hace “con el deseo de

llevar a cabo su correcta interpretación, y ante la existencia de importantes dudas acerca de su alcance en determinados aspectos", en especial "acerca del modo en que compatibilizar la doctrina acuñada por la citada sentencia con las normas relativas al acceso al empleo público (incluyendo a los nacionales de los Estados miembros) así como con las reglas del ordenamiento jurídico nacional que garantizan el derecho de acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad".

Sabemos que algunos jueces han empezado a reconocer la fijeza automática de trabajadores indefinidos no fijos, siguiendo la doctrina de esta sentencia del Tribunal de Justicia. Y esperamos con gran interés las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En todo caso, la situación es particularmente urgente. El legislador puede aprobar medidas efectivas y eficaces para prevenir -haciendo estricto el deber de cumplimiento de las convocatorias- y, con mayor dificultad, para sancionar la indebida larga temporalidad de los trabajadores indefinidos no fijos. No dejará de estar entre esas medidas la fijeza contractual, alcanzada bien mediante procesos de estabilización adecuados a la reparación de los abusos que respeten, al tiempo, los principios de igualdad, mérito y capacidad -solución mas segura-, bien mediante otros procedimientos, constitucionalmente legítimos, que con fundamento en una necesidad extraordinaria excepcionen esos principios permitiendo una desigualdad de trato objetivamente justificada y proporcionada en la medición del mérito y de la capacidad en favor de aquellos trabajadores situados en la temporalidad abusiva de larga duración.

La sentencia del Tribunal de Justicia pone de manifiesto una situación insostenible en el empleo público español a la que nunca había de haberse llegado -es cierto que han podido confluír los más variados intereses espúreos-. No es aceptable que del incumplimiento de sus obligaciones por las Administraciones y organismos del sector público hayan de responder quienes no han provocado ese incumplimiento.

Referencias:

1. ^ *ECLI:ES:TS:1998:234 y ECLI:ES:TS:1998:254. Con el precedente de la STS de 7 de octubre de 1996, ECLI:ES:TS:1996:5360.*
2. ^ "Los indefinidos no fijos, una historia interminable. Por el momento", en *Liber amicorum en homenaje a Aurelio Desdentado Bonete, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 79 y ss.*
3. ^ Sección 2ª, *ECLI:ES:TSJM:2021:563A.*
4. ^ Sección 2ª, *ECLI:ES:TSJM:2021:554ª.*
5. ^ Sección 2ª, *ECLI:ES:TSJM:2022:3ª.*

§ 12 ¿Cuándo hay que acreditar la discapacidad relevante a efectos de un concurso de empleo público que incluye plazas reservadas?

Antonio V. Sempere Navarro

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

Resumen: Se discute sobre el momento en que debe concurrir la discapacidad exigida para participar en unas pruebas selectivas cuando alguna plaza esté servada para personas de tal condición. La STS-CONT comentada entiende que la respuesta debe remitir al contenido de las bases de la convocatoria. En el caso la demandante tenía la condición de persona con discapacidad (superior al 33%) en el momento de concurrir a las pruebas, pero la perdió antes de finalizar. Si una persona ha concurrido a las pruebas pero no cumplía el requisito en el momento decisivo, debe evaluarse al concursante para baremarla como participante en el turno general. Si quería participar en el turno reservado pero tuvo mejor puntuación que alguno o algunos de los aprobados en el turno general, o si en este quedaron plazas sin cubrir, debe considerarse que ha aprobado el proceso selectivo.

Palabras clave: Persona con discapacidad. Empleo reservado. Pérdida de la condición de persona con discapacidad.

Abstract: There is a discussion about the moment in which the disability required to participate in a selective test must be met when a place is reserved for people with this condition. The STS-CONT understands that the response must refer to the content of the terms and conditions of the call. In the present case, the applicant was a person with a disability (greater than 33 per cent) at the time of taking the tests, but lost it before the end of the tests. If a person has attended the tests but did not meet the requirement at the decisive moment, the contestant must be evaluated to be graded as a participant in the general shift. If you wanted to participate in the reserved shift but had a better score than one or more of those approved in the general shift, or if there were places left unfilled, you must be considered to have passed the selection process.

Keywords: Person with a disability. Reserved employment. Loss of disability status.

I. Introducción

En los últimos años, la protección de las personas con discapacidad se ha visto impulsada por el Derecho Internacional y tiene como eje central el contenido de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 3 de mayo de 2008. Son muchas las medidas de protección desplegadas bajo el paraguas del artículo 49 de nuestra Constitución^[1] y su desarrollo^[2]. Entre ellas se encuentra la reserva de plazas en el empleo público.

En ese contexto aparece el problema ahora abordado. Al hilo de las pruebas para acceso a empleo público y la tutela a las personas con discapacidad (en cuanto acción positiva), la STS noticiada aborda un par de cuestiones tan concretas como interesantes.

En primer lugar, se discute cuál debe ser el momento en que debe cumplirse el requisito relativo al porcentaje de discapacidad exigido para participar en un proceso selectivo por el turno de discapacitados. La respuesta principal es que ha de estarse a las bases de la convocatoria.

En segundo término, se determina qué tipo de pruebas debe superar quien concursa por el turno de personas con discapacidad. En esencia, la sentencia resuelve que quien en un proceso selectivo opta por el turno de discapacitados no se ve eximido de superar las mismas pruebas que quienes acuden por el turno general.

En un tercer plano, se podría dudar sobre la validez de que la cualidad de referencia deba cumplirse tanto al momento de cierre del periodo de firma de la misma cuanto al de la finalización de las pruebas (como exigen las bases aplicables al caso). Sin cuestionarse de forma expresa tal cuestión (que convierte el requisito en una cualidad de tracto continuado), el Tribunal admite la validez de ese enfoque y aborda todas las cuestiones a partir de tal presupuesto.

Por último, se examina las consecuencias de que la actora haya perdido la condición de persona con discapacidad superior al 33% durante el desarrollo de las pruebas selectivas. La sentencia glosada admite que ello comporta su exclusión de aspirantes a las plazas reservadas. Ahora bien, eso no debe equivaler a su exclusión del concurso sino que debe comprobarse si la recurrente tuvo mejor puntuación que alguno o algunos de los aprobados en el turno general, o si en este quedaron plazas sin cubrir; y si alguna de estas circunstancias concurriera, declarar su derecho a ser tenida por aprobada en el proceso selectivo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1370/2023, de 2 noviembre.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 1370/2023.

ECLI:ES:TS:2023:4578.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

Votos Particulares: carece.

III. Problemas suscitados. Hechos y antecedentes

1. El concurso para acceso a plazas de personal estatutario

La recurrente se presentó, por el turno de personas con discapacidad, a un proceso selectivo de personal estatutario convocado por el Servicio Aragonés de Salud (Grupo Administrativo)^[3]. Las bases de la convocatoria exigían que los requisitos en ellas establecidos debían "mantenerse hasta el momento de la toma de posesión"

En el momento de presentar su solicitud tenía reconocida una discapacidad del 33% por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales^[4], que era el porcentaje de discapacidad mínimo exigido por las bases para presentarse por el turno de plazas reservado. Dicha declaración de discapacidad estaba sujeta a revisión al cabo de dos años, lo que significa que debía revisarse en 2017.

La actora superó todas las pruebas del proceso selectivo. En ese momento todavía era válida su declaración de discapacidad del 33%^[5]. Pero pocos días después, en mayo de 2017, hubo de someterse a la mencionada revisión por parte del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, que concluyó con una reducción de su discapacidad al 15%^[6].

Una vez que se le adjudicó la plaza vacante, la Administración sanitaria le requirió que acreditase sus circunstancias personales y es cuando se comprueba que ha dejado de reunir el porcentaje de discapacidad pedido por las bases de la convocatoria (33%) para acceder al turno restringido^[7]. La actora ya no pudo acreditar una discapacidad superior al 33%^[8].

2. El procedimiento administrativo

Mediante resolución de la Dirección-Gerencia del Servicio Aragonés de Salud de 3 de agosto de 2017 se declaró la pérdida de sus derechos en el proceso selectivo; y ello porque las bases de la convocatoria exigían que los requisitos en ellas establecidos debían "mantenerse hasta el momento de la toma de posesión"^[9]. En otras palabras, si bien las pruebas del proceso selectivo habían concluido cuando se produjo la revisión del grado de discapacidad, el proceso selectivo mismo no estaba aún terminado y, desde luego, no había tenido lugar todavía la toma de posesión de los adjudicatarios de las plazas.

La Orden de 9 de febrero de 2018 del Consejero de Sanidad desestimó el recurso de alzada interpuesto.

3. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

Mediante sentencia 129/2021 de 24 de mayo la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón^[10] concluye que debe estarse a lo establecido en las bases de la correspondiente convocatoria y, por consiguiente, que no cabe relajar o eludir la exigencia de que los requisitos se mantengan hasta el momento de la toma de posesión. Aunque reconoce que se trata de cuestión debatida^[11] desestima el recurso con base en los siguientes argumentos:

- Quien en un proceso selectivo opta por el turno de discapacitados queda vinculado a las condiciones establecidas para el mismo.
- El respeto a las bases de las convocatorias impide permitir el aprovechamiento de unas determinadas condiciones para acceso por turnos especiales que posteriormente resultan modificadas.
- Los principios de seguridad jurídica e igualdad en el acceso a las funciones públicas, podrían verse afectados si se hiciese una aplicación laxa o flexible del grado de discapacidad exigido.
- La jurisprudencia de la Sala Cuarta ha acogido ese criterio favorable a la permanencia de los requisitos^[12].

IV. Posición de las partes

Disconforme con esa decisión, es la concursante quien ahora recurre en casación. La Sala Tercera del Tribunal Supremo, claro está, apreció en su día la concurrencia de los requisitos para admitir el recurso, que nos sitúa ante un prototípico dilema interpretativo. Se trata de determinar si, en virtud del principio de seguridad jurídica, en los procesos selectivos que prevean turnos reservados a personas con un determinado grado de discapacidad, tal requisito se debe poseer el día de finalización del plazo de presentación de solicitudes, o también mantenerse hasta el momento de la toma de posesión^[13].

1. La concursante

Argumenta que cumple con el requisito establecido en la base 2.1.d) de la convocatoria por el turno de discapacidad, que es "*poseer la capacidad funcional*

necesaria para el desempeño de las funciones que se deriven del correspondiente nombramiento", y ello no implica que sea exigible el mantenimiento de la discapacidad acreditada hasta el momento de la toma de posesión de la plaza.

Sostiene que cuando las bases indican que los requisitos deben poseerse en el día de finalización del plazo de presentación de solicitudes se refieren a todos, pero cuando añaden "y mantenerse hasta el momento de la toma de posesión" se refieren solo a los que por su naturaleza puedan y deban ser mantenidos como necesarios para el ejercicio del cargo^[14].

2. La Administración convocante

La Administración aragonesa recuerda la base segunda de la convocatoria, conforme a la cual *"Los requisitos establecidos en esta base segunda deberán poseerse el día de finalización del plazo de presentación de instancias y mantenerlos hasta el momento de su toma de posesión"*. Y la recurrente no reunía el requisito de estar afectada por un grado de discapacidad igual o superior al 33% en el momento de la toma de posesión, pues el IASS le rebajó tal discapacidad al 15%.

V. Normativa aplicable al caso

La cuestión declarada de interés casacional objetivo es determinar cuál es el momento en que debe cumplirse el requisito relativo al porcentaje de discapacidad para participar en un proceso selectivo por el turno de discapacitados.

El artículo 9,3 de la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

El artículo 59 del Estatuto Básico del Empleado Público prescribe que en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad *"siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública"*.

El Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad. Se trata de norma muy anterior a las vigentes sobre reserva de empleo, pero que alberga previsiones compatibles con ellas.

VI. Doctrina básica.

1. Rechazo de la doctrina referencial

Interesa destacar que la STS noticiada censura la solución patrocinada por el recurso y acogida por alguna sentencia de Tribunal Superior. Conforme a ella, dentro de los requisitos establecidos por las bases de la convocatoria de un proceso selectivo al empleo público, debe trazarse una distinción entre requisitos de participación y requisitos para el ejercicio del cargo o función. Requisitos de participación serían los relativos al procedimiento mismo, tales como cumplimentar la solicitud en el formato previsto, abonar los derechos de examen, acudir a las pruebas en el día y hora fijados, etc. Requisitos para el ejercicio del cargo o función serían, en cambio, los necesarios para el desempeño de la plaza si se supera el proceso selectivo, tales como ser ciudadano de la Unión Europea y mayor de edad, tener determinada titulación académica, no padecer determinadas carencias físicas, etc.

De ese modo, se tutela quien de buena fe acude a un proceso selectivo invocando el porcentaje de discapacidad que efectivamente tiene reconocido. Lo contrario atentaría contra el principio de seguridad jurídica y penalizaría a quien ha ganado un proceso selectivo.

2. Relevancia de las bases de la convocatoria

Es criterio jurisprudencial absolutamente claro y constante que las bases de la convocatoria son "la ley" en los procesos selectivos para el empleo público, al igual que en otros procedimientos de índole concurrencial. Lo contrario conduciría inevitablemente a la incertidumbre, la desigualdad y la arbitrariedad. Cuando se compite, las reglas deben ser limpias, transparentes y cristalinas.

La única excepción jurisprudencialmente admitida a la intangibilidad de las bases de la convocatoria viene dada, como es bien conocido, cuando las bases mismas o la aplicación que la Administración hace de ellas vulneran un derecho fundamental, que es normalmente el derecho al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas consagrado por el art. 23.2 de la Constitución.

3. Posibilidad de exigir el mantenimiento continuado de los requisitos

Que las bases de una convocatoria dispongan que el porcentaje de discapacidad requerido para participar por el turno de discapacitados debe mantenerse hasta el momento de la toma de posesión no atenta en absoluto contra ningún derecho fundamental, ni desde luego resulta contrario al derecho al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas. Por tanto, no estamos aquí en presencia del supuesto en que cabe relajar el criterio jurisprudencial de las bases de la convocatoria como ley del proceso selectivo.

4. Rechazo de la dualidad de requisitos

La distinción, dentro de los requisitos establecidos en las bases de las convocatorias, entre requisitos de participación y requisitos para el ejercicio del cargo o función no tiene ningún apoyo en la legislación vigente. Para que dicha distinción fuera operativa y justa, habría que delimitar por adelantado y de manera explícita qué requisitos pertenecen a cada una de esas dos clases. La variedad de la casuística en oposiciones y concursos es enorme, por lo que en punto al cumplimiento de los requisitos establecidos en las bases de la convocatoria no cabe -en ausencia de una norma que lo permita- remitirse a la prudente valoración de la autoridad administrativa o judicial.

5. Carácter dinámico de la discapacidad

Nadie niega la buena fe ni el esfuerzo de la recurrente, que en el momento de presentarse al proceso selectivo por el turno de discapacitados y durante el desarrollo de las pruebas tenía reconocido el porcentaje de discapacidad requerido. Pero es igualmente innegable que sabía que su discapacidad estaba sujeta a revisión al cabo de dos años. Hay aquí cierta analogía con la diferencia que, en materia de responsabilidad civil, suele hacerse entre daños permanentes y daños continuados: el grado de discapacidad del recurrente no estaba aún definitivamente fijado cuando se presentó al proceso selectivo, existiendo la posibilidad de que su situación mejorase. Este es un dato que conocía o debía conocer y, por consiguiente, ha de entenderse que optó por el turno de discapacitados a su propio riesgo y ventura.

6. Consecuencias del incumplimiento sobrevenido

Quien en un proceso selectivo opta por el turno de discapacitados no se ve eximido de superar las mismas pruebas que quienes acuden por el turno general. Simplemente hay un determinado número de plazas reservadas para quienes tienen el correspondiente grado de discapacidad, y las que no sean adjudicadas dentro de ese turno acrecen al turno general. Es posible, así, que quien ha superado las pruebas en el turno de discapacitados tenga mejor puntuación que alguno o algunos de los aprobados en el turno general, o simplemente que en el turno general hayan quedado plazas sin cubrir. Si alguna de estas circunstancias se produce, no hay ninguna razón válida para no tener por aprobado en el turno general a quien superó todas las pruebas en el turno de discapacitados.

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye estimando el recurso de casación interpuesto por la concursante y anulando la sentencia del TSJ.

No estima la petición de la recurrente en sus propios términos (había interesado que se estimara su reclamación contra la Resolución que adjudicó las plazas y excluyéndola), sino que acuerda la retroacción de las actuaciones a la Sala de instancia a fin de que, tras comprobar si la recurrente obtuvo mejor puntuación que alguno de los aprobados en el turno general o si en este quedaron plazas sin cubrir, dicte nueva sentencia.

VIII. Pasajes decisivos

El Fundamento de Derecho Séptimo contiene la respuesta a la cuestión de interés casacional, que formula del siguiente modo:

A la vista de lo expuesto, la respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo es que el momento en que debe cumplirse la condición relativa al porcentaje de discapacidad para participar en un proceso selectivo por el turno de discapacitados es el establecido en las bases de la convocatoria correspondiente. Ello no es obstáculo, sin embargo, para que quien ha participado en un proceso selectivo por el turno de discapacitados, ha aprobado todas las pruebas y solo en un momento posterior deja de tener el porcentaje de discapacidad requerido por las bases de la convocatoria pueda ser tenido por aprobado en el turno general; algo que dependerá de que haya obtenido mejor puntuación que alguno de los aprobados en dicho turno general, o que en este hayan quedado plazas sin cubrir.

IX. Comentario

1. La protección de la discapacidad

La discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad^[15] constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano", Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Nueva York 13 de diciembre de 2006. El art. 1 de la Convención dispone lo siguiente: "las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Por consiguiente, la Directiva 2000/78, que carece de una definición de discapacidad, debe interpretarse en la medida de lo posible de conformidad con dicha Convención. Era ésta una precisión respecto de la delimitación conceptual que había examinado el Tribunal de Justicia en la *STJUE de 11 julio 2006, Chacón Navas, C-13/05*, anterior a la incorporación de la Convención al ordenamiento jurídico de la UE.

Ello supone que la enfermedad -sea curable o incurable- puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración. En concreto, el Tribunal de la Unión señala que el concepto de discapacidad "comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración"^[16].

2. Una relación conceptual compleja

A) El derogado artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, asignaba la condición de personas con

discapacidad a aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento^[17].

Por diversas razones, la jurisprudencia entendió que el precepto referido desplegaba plena eficacia en todo el ámbito de materias de dicha Ley; es precisamente esto lo que quiere decir la expresión 'en todo caso'. Pero no era válido para atribuir con carácter general de la condición de minusválido o discapacitado. Como se cuidaba de decir también el propio art. 2.1. de la Ley 51/2003 en su pasaje inicial, la atribución automática de tal carácter a los perceptores de pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social ha de circunscribirse 'a los efectos de esta Ley'^[18].

B) La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, modificó el precepto antes transcrito para acoger el concepto universal^[19], reprodujo la asimilación de la norma de 2003, aunque como algo añadido a la definición genérica^[20] y autorizó al Gobierno a elaborar un texto refundido.

C) Mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En él pervive la definición general de la discapacidad^[21], de las personas con discapacidad^[22] y una importante asimilación: se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

D) Mediante su sentencia 994/2018 de 29 noviembre (rcud. 3382/2016 1826/2017 y 239/2018), la Sala Cuarta de Tribunal Supremo, con apoyo en abundante doctrina constitucional sobre los límites de la legislación delegada, concluyó que la norma de 2013 incurrió en ultra vires por exceso en la delegación legislativa. La equiparación de la IP a una discapacidad solo cabe a los efectos de la propia norma, pero no a "todos los efectos"^[23].

3. La reforma del texto constitucional

En el BOE de 17 de febrero de 2024 aparece publicada la reforma del artículo 49 de la Constitución, de tal modo que ahora comienza disponiendo cómo *las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio*. A ello se añade un segundo apartado sobre la acción de fomento^[24].

4. La lista única de aprobados

El RD 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad ha venido disponiendo que las pruebas selectivas tendrán idéntico contenido para todos los aspirantes, independientemente del turno por el que se opte, sin perjuicio de las adaptaciones necesarias. No obstante, al finalizar el proceso, se elaborará una relación única en la que se incluirán todos los candidatos que hayan superado todas las pruebas selectivas, ordenados por la puntuación total obtenida, con independencia del turno por el que hayan participado. Sin mencionarla, esta es la norma en que basa su matización final la sentencia comentada.

X. Apunte final

Compatibilizar la protección inclusiva a las personas con discapacidad y el acceso al empleo público respetando los principios inherentes a esa condición es el desafío que late en el problema aquí examinado.

El paso del tiempo puede jugar tanto a favor cuanto en contra de los intereses personales. Si en el supuesto examinado no se hubiera llevado a cabo la revisión del porcentaje de discapacidad en el plazo previsto, sino unas semanas después, la reclamante habría accedido a su plaza sin obstáculo alguno. Y hubiera permanecido, de manera lícita, en su desempeño pese a no disponer ya de la condición protegida que dio lugar a su participación en las pruebas.

Una cuestión para meditar sobre las ventajas e inconvenientes de optar por sistemas de requerimiento de tracto único (instantáneos, de foto fija) o de tracto sucesivo (dinámicos)^[25].

Referencias:

1. [^] *Conforme a cuya redacción (vigente hasta febrero de 2024), Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.*
2. [^] *En este sentido cabe recordar la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. En otro ámbito, la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad; desde luego, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.*
3. [^] *La convocatoria establece en el apartado 1.1 que, de las 31 plazas que se convocan, 28 han de ser cubiertas por el turno libre y 3 por personal con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.*
4. [^] *Según se desprende de las actuaciones, la discapacidad consistía en una enfermedad del aparato digestivo, junto con problemas de movilidad en los brazos.*
5. [^] *La resolución de 25 de mayo de 2017 de la Dirección Gerencia la incluyó en la relación de participantes que habían superado el proceso selectivo por el turno de discapacidad. Para poder ser nombrada personal estatutario debía aportar informe de capacidad funcional, que fue emitido en fecha 5 de mayo de 2017, en el que constaba un grado de incapacidad del 33% con validez provisional hasta el 22 de mayo de 2017.*
6. [^] *Le fue realizada la revisión de su discapacidad y la resolución de 15 de mayo de 2017 de la Directora Provincial del IASS le reconoció un grado de discapacidad del 15% desde el 12 de mayo de 2017, y contra esta resolución presentó el 21 de junio de 2017 reclamación previa a la vía jurisdiccional social.*
7. [^] *El 23 de junio de 2017, en el acto de adjudicación de plazas vacantes solicitó y le fue adjudicada plaza en el Hospital Arzobispo Polanco. Presentó certificado de aptitud funcional mediante informe del Centro de Salud de Novallas, pero fue requerida por escrito de 12 de julio de 2017 del*

Jefe de selección y provisión de puestos de personal estatutario, para aportar informe emitido por el IASS con constancia del grado de discapacidad, validez de la misma y puesto de trabajo.

8. ^ Y conforme a la base 7.8, "quienes no presentaran la documentación en plazo o, o si de su examen se dedujera que no reúnen alguno de los requisitos exigidos, no podrán ser nombrados personal estatutario del Servicio Aragonés de Salud, quedando anuladas todas sus actuaciones".
9. ^ La Resolución nombró personal estatutario fijo y se adjudicaron las plazas a los aspirantes aprobados en el proceso selectivo convocado por Resolución de 25 de junio de 2015, de la categoría de Grupo Administrativo de la Función Administrativa en Centros del Servicio Aragonés de Salud.
10. ^ La sentencia se dicta en el seno del recurso 343/2019 (ECLI:ES:TSJAR:2021:527), siendo Ponente D. Ignacio Martínez Lasierra.
11. ^ Menciona, en ese sentido, la doctrina contraria de la STSJ Castilla-La Mancha 484/2018 de 29 octubre; pero también, en favor de su solución, las STSJ Castilla-León 1291/2014 de 17 junio 2014 o STSJ Andalucía (Granada) 196/2016 de 1 febrero.
12. ^ Cita las SSTs 18 abril 2012 (rec. 1890/2010) y 9 marzo 2015 (rec. 568/2014) conforme a las cuales la opción a las plazas reservadas del cupo de minusválidos debe formularse en la solicitud de participación en las pruebas, pues es en ese momento en que quedan fijadas las condiciones de participación que no podrán variar en aras de la seguridad jurídica entabándose un vínculo jurídico entre la administración convocante y los administrados que desean participar del modo y forma en que lo soliciten.
13. ^ En tales términos, el Auto dictado por la Sección de admisiones con fecha 30 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3350A).
14. ^ Lo que pedía al Tribunal Supremo es que estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden de 9 de febrero de 2018 del Consejero de Sanidad del Gobierno de Aragón, en materia de nombramiento de personal estatutario fijo, anulándola y declarando la recuperación de los derechos derivados de la participación en dicho proceso selectivo. [...]".
15. ^ La discapacidad, como reza el preámbulo de la Convención de la ONU, "es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".
16. ^ A partir de esta sentencia, el TJUE utilizará ya siempre el concepto de discapacidad que surge de la Convención. Así lo ha hecho en las STJUE de 18 marzo 2014, Z, C-363/12 ; 18 diciembre 2014, FOA, C-354/13; 1 diciembre 2016, Daouidi, C-395/15; 9 marzo 2017, Milkova, C-406/15 ; 18 enero 2018, Ruiz Conejero, C- 270/16 ; y 11 septiembre 2019, DW, C-397/18 .
17. ^ A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33% 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 por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los

términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.

18. *^ En este sentido, por ejemplo, se manifiestan las STSS de 21 marzo 2007 (rcud. 3872/2005); 7 julio 2008 (rcud. 1297/2007) y 7 abril 2016 (rcud. 2026/2014)*
19. *^ Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.*
20. *^ Ello no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento 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 por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.*
21. *^ es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*
22. *^ Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.*
23. *^ Si el legislador quería mantener en sus términos la dicción literal del precepto que equiparaba al 33% de discapacidad a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez a los exclusivos efectos de esa ley, no estaba en su espíritu la extensión de este beneficio a todos y cualquiera de los múltiples, variados y muy heterogéneos efectos que despliega en distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de un grado de discapacidad del 33%.*
24. *^ Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad.*
25. *^ Aunque realmente el estudiado acaba comportándose como uno “de doble vuelta”, al exigirse la acreditación del requisito en dos momentos (al inscribirse como aspirante a las plazas, y al llegar el momento de la toma de posesión).*

- § 13 **Condición más beneficiosa. No existe por el solo hecho de haber estado abonando el plus de transporte a los trabajadores en situación de teletrabajo durante nueve meses y que lo venían percibiendo con anterioridad por su trabajo presencial.**

Francisco A. Vila Tierno

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

Resumen: *Condición más beneficiosa. No existe por el solo hecho de haber estado abonando el plus de transporte a los trabajadores en situación de teletrabajo durante nueve meses y que lo venían percibiendo con anterioridad por su trabajo presencial.*

Palabras clave: *Condición más beneficiosa. Reiteración en el tiempo. Voluntad empresarial.*

Abstract: *Condizione più vantaggiosa. Non esiste per il solo fatto di aver pagato per nove mesi il bonus di trasporto ai telelavoratori che prima lo ricevevano per il loro lavoro faccia a faccia.*

Keywords: *Condizione più vantaggiosa. Ripetizione nel tempo. Intento imprenditoriale.*

I. Introducción

La condición más beneficiosa, como principio de aplicación de las fuentes de la relación laboral, encuentra su base en el artículo 3.1 c) ET, si bien, su configuración definitiva depende, en gran medida, de la interpretación jurisprudencial.

En este sentido, es el Tribunal Supremo el que, con los reiterados pronunciamientos sobre esta cuestión, el que ha ido dibujando las líneas maestras que nos permiten reconocer cuando se acredita la existencia de una condición más beneficiosa.

Y es que, cuando estamos ante un supuesto en el que se cuestiona la presencia de este fenómeno, se debe proceder en un doble escenario. En un primer estrado, es preciso acreditar si, efectivamente, concurren los requisitos que la doctrina jurisprudencial ha identificado como propios de este elemento, a saber, que esta tenga una consolidación a título individual, que exista una voluntad empresarial sobre su consolidación y que se produzca una reiteración en el tiempo suficientemente prolongada para que se produzca la referida consolidación.

Una vez que se constate que existe, en los casos que así sea, una condición más beneficiosa, se debe pasar a un segundo escalón: aquel que sirva para determinar cómo se aplica ésta.

Es evidente, por tanto, que no cabe plantearse el segundo paso sin haber dado previamente el primero y la dificultad, en estos supuestos es que parte de los requisitos antes aludidos no dejan de ser conceptos jurídicos indeterminados.

La resolución que ahora es objeto de comentario gira en torno a dos de ellos: la voluntad empresarial y el período necesario para la consolidación, principalmente respecto al primero. El problema, es que no es la primera vez que se hace y, al margen de matices o correcciones de doctrina, no terminan de desaparecer, de manera definitiva, las dudas sobre los conceptos referidos.

En cualquier caso, introduce, nuevamente, aspectos o argumentaciones que pueden servir de guión para reconocer cuando estamos ante un supuesto en el que existe tal condición más beneficiosa y no cabe la eliminación unilateral por parte de la empresa. No obstante, el resultado de lo analizado en el supuesto de hecho que nos ocupa conduce exactamente a la interpretación contraria, esto es, que no concurre la condición.

La utilidad para el operador jurídico puede ser, en consecuencia, la aportación de los indicios que sirven para dar una respuesta positiva o negativa sobre la cuestión que se ha planteado, esto es, si existe la condición y si ello implica el mantenimiento de la misma y la exclusión de la actuación de la empresa que la ignora.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: STS-SOC núm. 43/2024, de 11 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 344/2021.

ECLI:ES:TS:2024:108

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El objeto de la controversia se puede resumir a partir de los siguientes presupuestos fácticos:

1. DIGITEX INFORMÁTICA, SLU, es una empresa incluida en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de Ámbito Estatal del Sector Contact Center, en cuyo art. 51 se reconoce el derecho al percibo de un plus extrasalarial de transporte por cada día efectivo de trabajo y según las condiciones previstas en el mismo.

2. Con la llegada de la pandemia por COVID19, el empresario alcanza un acuerdo individual de teletrabajo con un número importante de trabajadores, en el que se concierta la prestación fuera de las oficinas de trabajo sin que exista cambio alguno respecto de las condiciones laborales restantes, entre ellas, las de carácter retributivo, que se siguen abonando en los mismos términos. No obstante, tras nueve meses de percepción sin que exista modificación alguna, se procede a la supresión unilateral, por parte de la empresa, del anteriormente citado plus de transporte.

IV. Posición de las partes

Mientras que la empresa mantiene que nunca ha existido voluntad inequívoca de consolidar una condición más beneficiosa para las personas trabajadoras que son objeto del conflicto -e incluso que el manteniéndolo pudo deberse a un error o una interpretación errónea de la duración de la necesidad-, las organizaciones sindicales recurrentes (CGT, CSIF y USO), al margen de alguna diferencia respecto a la reclamación formulada, coinciden en el núcleo de la petición central: entienden la existencia de tal condición más beneficiosa al amparo del art. 3.1 c) ET y de la doctrina jurisprudencial al respecto. No observan error alguno, sino la intención de la empresa,

al mantener un plus de transporte en un escenario sin desplazamiento, como una mejora que asume y acoge la empresa y que mantiene el tiempo y que, por tanto, hubiera requerido una modificación del art. 41 ET para su supresión.

Por su parte, el Ministerio Fiscal comparte el planteamiento de la empresa y coincide en señalar que se está aplicando la doctrina correcta en materia de condición más beneficiosa.

V. Normativa aplicable al caso

Independientemente de otros preceptos invocados por las partes, el fallo de la sentencia se basa, esencialmente, en un artículo referencial, que se corresponde con el tercero del Estatuto de los Trabajadores^[1]:

“Artículo 3. Fuentes de la relación laboral.

1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan (...)

c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados”.

Pero tal artículo no puede entenderse, en este supuesto, sin la alusión expresa al de la norma adjetiva que vehiculiza el recurso de casación, concretamente lo previsto en el art. 207 e) de la LRJS:

“Artículo 207. Motivos del recurso de casación.

El recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos (...)

e) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”.

En este sentido, como se ha advertido con carácter previo, es determinante la jurisprudencia que perfila y moldea el principio de condición más beneficiosa y, ello es, precisamente, lo que analiza la sentencia, esto es, si hay una adecuación o no, a la doctrina jurisprudencial sobre la materia. De ahí el recorrido en la fundamentación jurídica por diferentes resoluciones que han precedido a ésta.

No entra el órgano judicial a valorar si se incumple o no el procedimiento específico que debería haberse utilizado en el supuesto de haber entendido existente la condición más beneficiosa, precisamente por llegar a la conclusión de que no concurre. No obstante, si es alegado por las partes y sería la consecuencia directa de lo anterior la aplicación del art. 41 ET:

“Artículo 41. Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

1. La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias (...)

d) Sistema de remuneración y cuantía salarial (...)

A partir de aquí, se debería seguir el cauce procedimental establecido en este mismo artículo.

Por último, se invoca el art. 51 del II Convenio Colectivo de Ámbito Estatal del Sector Contact Center:

“Artículo 51. Plus de transporte.

Se establece un plus extrasalarial de transporte por cada día de trabajo efectivo, para aquellos trabajadores que comiencen o finalicen su jornada a partir de las 24:00 horas (inclusive) y hasta las 06:00 horas (inclusive).

Si el comienzo y la finalización se producen en el mismo día dentro del arco horario fijado en el párrafo anterior, la cantidad fijada para este plus se percibirá doble.

Las cantidades fijadas para este plus serán las establecidas en las tablas salariales anexas”.

No se incluye en el convenio referencia al teletrabajo o a trabajo a distancia y no se especifica el lugar de trabajo (más allá de alguna referencia puntual al centro de trabajo como en el art. 14).

Debe señalarse que en la fecha y en el contexto analizado, no resultaba aplicable la regulación posterior del trabajo a distancia que hoy se concreta en la Ley 10/2021.

VI. Doctrina básica

La doctrina básica sobre la materia puede resumirse, como indica la sentencia comentada, en que la condición más beneficiosa se deduce del contenido del art. 3.1 c) ET, pero, esencialmente, de la interpretación jurisprudencial al respecto. De la misma, podemos extraer varias conclusiones:

- que se integra en el nexo contractual de cada trabajador;
- que suponga una mejora de las condiciones que pudieran corresponderle por lo dispuesto legal y/o convencionalmente;
- que se consolide con el paso del tiempo;
- que se requiere una “inequívoca” voluntad empresarial de concesión, siendo éste el elemento o requisito decisivo;
- que se pruebe o acredite tal voluntad por la parte demandante.

Siendo así, si no se comprueba la existencia de aquella intención empresarial, se debe declarar inexistente la condición más beneficiosa.

VII. Parte dispositiva

La sentencia comentada llega a una conclusión y es, como hemos reflejado, que no se acredita la existencia de condición más beneficiosa. Y ello porque dos razones:

- ni se constata la concurrencia de unas condiciones distintas a las establecidas convencionalmente para el resto de las personas trabajadoras no afectadas por el conflicto,
- ni que, fundamentalmente, se haya acreditado que haya una inequívoca voluntad empresarial de mantener la percepción de una prestación extrasalarial finalista cuando no se da el hecho causante del que deviene su pago, lo que se constata, además, por el escaso período de tiempo en el que se ha venido disfrutando (ocho meses).

De este modo, se desestima la pretensión de las organizaciones sindicales que actúan como demandantes en el proceso de conflicto colectivo.

VIII. Pasajes decisivos

Como parte básica de la sentencia puede reproducirse el siguiente párrafo del fundamento jurídico tercero:

“La condición más beneficiosa tiene encaje en el mandato del art. 3.1 c) del ET y la jurisprudencia que la ha interpretado. Como recuerda la STS 994/2023, de 22 de noviembre (rec. 113/2021), para la existencia de la existencia de una condición más beneficiosa se requiere que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama por medio de una inequívoca voluntad empresarial de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya

incorporado al nexo contractual a través de un acto empresarial constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho, lo que requiere de una prueba que ponga de manifiesto esa intención empresarial de atribuir a sus trabajadores el derecho que demandan y que mejora las condiciones laborales que legal o convencionalmente vengan establecidas. Esto es "es la existencia de voluntad empresarial para incorporarla al nexo contractual y que no se trate de una mera liberalidad o tolerancia del empresario, por lo que no basta la repetición o persistencia en el tiempo del disfrute, siendo necesaria la prueba de la existencia de esa voluntad de atribuir el derecho a los trabajadores".

En igual sentido, la STS de 3 de febrero de 2016, rec. 145/2015, indica que "la tolerancia o condescendencia no dejan de ser tales necesariamente porque duren más o menos tiempo, sino porque se transformen en una conducta distinta de concesión o reconocimiento de un derecho. En la STS 24 noviembre 2014 (rec. 317/2013) se sintetiza esa consolidada doctrina:

"Para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho y se pruebe, en fin, la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo"

En tanto que la condición más beneficiosa exige un acto de voluntad constitutivo de su concesión ello implica que sean los demandantes a los que corresponda acreditar la condición más beneficiosa que demandan, ex art. 217.2 de la LEC, tal y como recuerda la STS 522/2022, de 7 de junio (rec. 77/2020)".

Al tiempo, se afirma que "En definitiva, no existe condición más beneficiosa ni derecho adquirido alguno porque no se constata que la empresa quisiera otorgar a quienes teletrabajan, aquí afectados por el conflicto colectivo, el beneficio de seguir percibiendo el plus de transporte que estaban cobrando por tener que acudir al centro de trabajo cuando esa situación no concurra. Al contrario, su decisión de rectificar los conceptos retributivos recogidos en los recibos de salario, al cabo de escasos nueve meses -enero de 2021- revelan que su intención no era la que entiende los aquí recurrentes".

IX. Comentario

Estamos ante una institución clásica de nuestro ordenamiento jurídico-laboral. Un principio que conecta, de manera directa, con el carácter tuitivo de nuestra disciplina. Ha sido, por tanto, objeto de un estudio reiterado, sea en el ámbito de la doctrina científica, como de la jurisprudencial.

Fruto de esto último es, precisamente, que la sentencia ahora analizada se construya sobre la base analítica de una serie de pronunciamientos que la han precedido y que constituyen la doctrina básica sobre esta materia.

A tal efecto, se ha apuntado ya de un modo clásico que "la jurisprudencia denomina «condiciones más beneficiosas», impidiendo su modificación por parte del empresario, a aquellas mejoras sobre las condiciones estrictamente exigibles según la normativa general aplicable, nacidas bien del contrato individual de trabajo expreso inicial o novatorio, bien de "la incorporación al nexo contractual por el paso del tiempo de un convenio colectivo impropio o informal o pacto sindical y, muy en particular, de la concesión u otorgamiento empresarial unilateral, ya sea individual o colectivo"^[2].

Sea como fuere, lo importante, como se ha advertido, es que, para poder apreciar la existencia de tal condición más beneficiosa, es precisa la acreditación de los requisitos que de manera tradicional se han venido exigiendo jurisprudencialmente. A estos efectos, debe tenerse presente que se trata de una figura "de elaboración

jurisprudencial, se basa fundamentalmente en el artículo 3.1.c) del TRET [...]. A lo que se añade, desde la vertiente contractual civil, lo previsto en los artículos 1091 del CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y el artículo 1256 del CC respecto a la imposibilidad de modificarlos de forma unilateral. / En todo caso, de lo que no hay duda tampoco es que el principio de condición más beneficiosa ha sido objeto de una clara conformación y modulación jurisprudencial a lo largo de los años, si bien, como ya hemos señalado, nos encontramos actualmente ante una jurisprudencia claramente consolidada y con unos perfiles definidos”^[3]

Dentro de tales requisitos, el que resulta ahora determinante para entender la concurrencia del principio es el de la voluntad de la empresa: “ni es suficiente con que el beneficio se disfrute reiteradamente en el tiempo, ni se requiere la nota de duración o permanencia para que exista la obligación, en tanto puede suceder que el beneficio se haya disfrutado escasamente en el tiempo y, sin embargo, responda a un acto de concesión unilateral por el empresario, realizado con ánimo de obligarse de futuro. **Lo esencial es concluir que ha habido un acto de voluntad inequívoca empresarial para su concesión.** Serán determinantes las circunstancias del caso concreto para que pueda llegarse a esa conclusión, teniendo en cuenta si su disfrute se viene haciendo de forma periódica y regular o si va acompañado de actos expresivos que obedecen a concesiones reiteradas tantas veces como la mejora se recibe” ^[4] (el subrayado es nuestro).

Y así se pone de manifiesto por la importante relación de sentencias que se citan al respecto en la resolución comentada, expresamente, la STS 994/2023, de 22 de noviembre (rec. 113/2021) cuando indica que se consolida “por medio de una inequívoca voluntad empresarial [...] lo que requiere de una prueba que ponga de manifiesto esa intención empresarial de atribuir a sus trabajadores el derecho que demandan [...]”. Requisito que, en cualquier caso, ya se había reiterado en otras anteriores:

- STS de 24 de septiembre de 2004, rec. 119/2003: “en ningún momento aparece acreditada la existencia de esa voluntad empresarial de constituir, de configurar un derecho”.
- STS de 5 de junio de 2012, rec. 2014/2011, “constatarse la voluntad inequívoca de la empresa de mantener estable y permanentemente la condición (durante más de 20 años, 40 según la sentencia)”
- STS de 21 de diciembre de 2016, rec. 119/2016: “no basta la mera persistencia en el tiempo para que se genere una condición más beneficiosa, sino que es necesario que exista una voluntad inequívoca de incorporación de la ventaja en el nexo contractual de cada trabajador”.

Ello no significa, sin embargo, que baste tal voluntad empresarial, ya que el resto de elementos exigidos siguen siendo necesarios.

La duda se presenta cuando alguno de ellos no se identifica claramente, o cuanto menos puede ser objeto de confusión entre unos u otros. Es el caso, por ejemplo, de la consolidación en el tiempo, puesto que, a veces, el mero transcurso del tiempo, se excluye de la consideración como condición más beneficiosa, pero en otros, se plantea como una voluntad tácita.

Ello es lo que parece desprenderse de la STS 1041/2020, de 25 de noviembre (rec. 38/2019), cuando se refiere a una conducta se ha estado manteniendo por la empresa desde la década del año 1970 y ni siquiera en 1998, con ocasión del modelo de homogeneización de nómina, la empresa rectificó ese abono, manteniendo esa práctica empresarial los 20 años siguientes. Sobre este particular, es suficientemente ilustrativa la STS 761/2018, 12 de Julio de 2018, cuando refiere que “Como precisa la STS 3/2/2016, rec. 143/2015, “el origen de la condición más beneficiosa es siempre la voluntad de las partes, si bien el acuerdo entre ellas no necesariamente tiene que ser expreso sino que, con mucha frecuencia, es tácito y su existencia se demuestra por la permanencia continuada en el tiempo del disfrute de esa condición por parte del

trabajador o los trabajadores que la tengan reconocida. Pero ese carácter tácito, basado además en la doctrina de los actos propios, en modo alguno significa que dicha condición se efectúe donandi causa - por mera liberalidad del empresario- y que, por lo tanto, éste la puede suprimir por su propia voluntad unilateral en el momento que desee”.

Ello supone que la expresión de la voluntad no siempre resulta algo evidente. Que a veces, la reiteración en el tiempo, aunque rechazado por sí solo como elemento identificador de la condición más beneficioso, puede identificarse como tal, por lo que la mera voluntad de la empresa -sin más- anterior o posterior no desvirtúa o consolida el derecho.

Nos somete tal problema en una cuestión casuística que requerirá nuevas interpretaciones judiciales, pero sin que esto pueda desconocer la trascendencia de la voluntariedad de la empresa en la consideración de un derecho consolidado y no susceptible de eliminación unilateral.

X. Apunte final

Atendiendo a lo anterior, nos hacemos eco de la doctrina cuando sugiere que “A modo de resumen y con las propias palabras del Tribunal Supremo, para confirmar la existencia de una condición más beneficiosa “es preciso que esta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión”, de manera que la ventaja reconocida se haya incorporado al nexo contractual por “un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho”, y se pruebe, en fin, “la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo”^[5].

En un supuesto como el que nos ocupa, nos reconducimos a una simple efectividad de la prueba.

No queda acreditado, en modo alguno, que se hubiera producido esa intención de la empresa, lo que se constata, además, por la inexistencia de un tiempo prolongado de persistencia del disfrute de un derecho que aquí se traduce en nueve meses.

Lo cierto es que no se interpreta como la ausencia del requisito temporal, sino como la reiteración del argumento de que no se produce la voluntad de la empresa, en el sentido de que existe una rectificación de la misma respecto a la aplicación de un derecho o a la reiteración de una conducta que se debe entender como coyuntural o consecuencia de un error.

No podemos dar por cerrado, ni mucho menos, el debate sobre la condición más beneficiosa, pero sí algunos extremos que parece que quedan ratificados por una resolución que resulta clara en cuanto a su exposición y planteamientos pero que parece vinculada, más que aun planteamiento genérico, a un supuesto bastante particularizado y específico.

No obstante, es posible, para finalizar, sacar como conclusión que:

- la voluntad de la empresa es determinante;
- la acreditación de un lapso temporal escaso es contrario a tal voluntad;
- si, en cualquier caso, se entendiera existente la condición más beneficiosa, sería necesario seguir un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo aunque que, si no se constata, la condición disfrutada puede ser modificada unilateralmente por la empresa sin seguir tal procedimiento. Esto último no es objeto del fallo, pero se desprende del mismo a partir del petitum de las demandas y de la resolución definitiva.

Concluimos con una premonición: se volverá sobre el tema con absoluta seguridad. Tiempo tendremos para volver a comentarlo.

Referencias:

1. [^] Al respecto se ha expresado, de forma clara que “ha sido objeto de un cierto debate en la doctrina, defendiéndose tanto su inclusión en el artículo 3.1.c) del TRET o su presencia implícita e indirecta en el artículo 41 del TRET, como su origen y fundamento exclusivamente jurisprudencial sin sanción legal, o la alusión al mismo en los artículos 3.1.c) y 41 del TRET. A nuestro entender, y siguiendo a la doctrina mayoritaria, es cierto que este principio no está regulado de una forma expresa y extensa en el TRET ni en ninguna otra norma laboral, pero también lo es que teniendo en cuenta que su fundamento es la autonomía individual -expresa o tácita- de las partes de una relación laboral y su fin es crear condiciones de trabajo “más favorables” para el trabajador, encuentra acomodo en lo dispuesto en el artículo 3.1.c) del TRET, donde se expresa que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan “por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados”; precepto donde, por otra parte, también se recoge el principio de norma mínima. De hecho, no podemos olvidar que, si bien en el marco laboral la autonomía de la voluntad de las partes del contrato de trabajo no tiene la misma relevancia que en otras disciplinas jurídicas -como consecuencia del papel predominante ejercido por la normativa y el convenio colectivo-, su potencial aparece precisamente con fuerza a través de la figura de la condición más beneficiosa” GALA DURÁN, C. “El principio de condición más beneficiosa a la luz de la última Jurisprudencia”, RMTMSS, núm. 143, pág. 166.
2. [^] SALA FRANCO, T., “El principio de la condición más beneficiosa”, en Revista de Política Social, núm.114, 1977, Madrid, págs. 38 y 39.
3. [^] GALA DURÁN, C. op. cit. págs. 166 y 167.
4. [^] DE VAL TENA, A. “La modificación y extinción de la condición más beneficiosa”, Documentación Laboral, núm. 114-Año 2018-Vol. II, pág. 153.
5. [^] *Ibídem*, págs. 50 y 51.

§ 14 Efectos en el recargo de prestaciones por accidente de trabajo de la reforma legal de la cuantía de la pensión de viudedad operada con posterioridad.

Belén García Romero

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

Resumen: Recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social. Una reforma posterior al accidente de trabajo aumentó el porcentaje de la base reguladora de las pensiones de viudedad al 52%. Debe revisarse el recargo establecido con anterioridad. Votos particulares.

Palabras clave: Recargo de prestaciones. Pensión de viudedad. Revalorización legal del porcentaje. Perspectiva de género.

Abstract: Surcharge on Social Security cash benefits. A post-accident reform increased the percentage of the regulatory base for widow's and widower's pensions to 52%. The previously established surcharge should be reviewed. Individual votes.

Keywords: Surcharge on Social Security cash benefits. Widow's and widower's pensions- Legal revaluation of the percentage, gender perspective.

I. Introducción

El presente recurso de casación para la unificación de doctrina tiene por objeto resolver la cuestión de si el aumento de la cuantía de las pensiones de viudedad como consecuencia de una reforma legislativa conlleva que los recargos de las pensiones reconocidos con anterioridad a esa reforma deben incrementarse también.

La trascendencia y características del asunto planteado es tal que se acordó su debate en el Pleno, el cual concluyó sin alcanzarse la unanimidad de sus seis Magistrados. Por el contrario, dos de ellos, los Excmos. Sres. D. Antonio V. Sempere Navarro y D. Ángel Blasco Pellicer, formularon sendos votos particulares, cuidadosamente fundamentados, que merecen un detenido análisis.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: STS-SOC núm. 114/2024, de 25 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 3521/2020.

ECLI:ES:TS:2024:659.

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: Cuenta con dos votos particulares formulados por los Excmos. Srs. D. Antonio V. Sempere Navarro y D. Ángel Blasco Pellicer.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

El litigio tiene por objeto determinar si una reforma legal que aumentó el porcentaje de la base reguladora de las pensiones de viudedad al 52% conlleva que deba revisarse el importe del recargo de prestaciones de la Seguridad Social derivado de un accidente de trabajo ocurrido antes de la reforma.

2. Hechos y Antecedentes

Las circunstancias más relevantes del caso son las siguientes:

- Un trabajador falleció en un accidente de trabajo el 31 de agosto de 1995.
- El INSS reconoció a su viuda una pensión de viudedad con efectos del 1 de septiembre de 1995 y con una cuantía del 45% de la base reguladora.
- El INSS dictó resolución el 22 de octubre de 2002 declarando la inexistencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad y salud laboral por el accidente de trabajo sufrido por el marido de la demandante, que fue impugnada judicialmente por la actora.
- El 9 de mayo de 2003 el Juzgado de lo Social nº 2 de Oviedo dictó sentencia imponiendo a la empresa Hulleras del Norte, SA (en adelante HUNOSA) un recargo del 50% de la pensión de viudedad.
- El 23 de diciembre de 2003 se aprobó el Real Decreto 1795/2003, de 26 de diciembre, que incrementó el porcentaje de la base reguladora al 52%, el cual se aplicó de oficio, con efectos de la entrada en vigor de la reforma legislativa, 1 de enero de 2004.
- El 10 de diciembre de 2018 la demandante solicitó que el recargo de prestaciones se abonase sobre el 52% de la base reguladora en vez de sobre el 45%, y que le fuera abonada la diferencia del 7% en el porcentaje de la base reguladora como consecuencia de la revalorización.
- Tanto en la instancia como en suplicación se reconoció el derecho de la actora al incremento solicitado.
- La empresa interpuso un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que denuncia infracción del artículo 164 LGSS de 2015, en relación con el RD 1795/2003.

3. Sentencias recaídas en el procedimiento

- La sentencia de instancia es la dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Gijón de 26 de julio de 2019, estimando la demanda interpuesta por la actora frente a la resolución del INSS. En ella se declaró la procedencia del recargo de prestaciones en el porcentaje del 50% que fue reconocido judicialmente en su día, sobre la pensión de viudedad que percibe calculada al 52% de la base reguladora, con efectos económicos de 10 de septiembre de 2018, más las mejoras y revalorizaciones legales.
- La sentencia recurrida es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, de 30 de junio de 2020, resolviendo sendos recursos de suplicación formulados por la empresa y por la Entidad Gestora y la TGSS; en ella se desestiman dichos recursos y se confirma íntegramente la sentencia de instancia.
- La sentencia invocada por la empresa como de contraste es la dictada por el TSJ de la Comunidad Valenciana 3551/2009, de 1 de diciembre (recurso

949/2009). La sentencia referencial declara que el recargo prestacional debe abonarse sobre la cuantía de la pensión correspondiente a la fecha de efectos, y niega que deba calcularse conforme al porcentaje resultante de la reforma legal operada por RD 1795/2003, que lo elevó al 52% con efectos de 1 de enero de 2024.

Resulta evidente que los fallos de ambas sentencias son contradictorios: la sentencia recurrida considera que sí debe calcularse el recargo con arreglo al nuevo porcentaje, mientras que la referencial resuelve que el recargo debe calcularse con arreglo al porcentaje que correspondía a la pensión en su día reconocida.

IV. Posición de las partes

La parte recurrente del presente recurso de casación para la unificación de doctrina es la empresa HUNOSA, que sostiene que el recargo prestacional no debe abonarse sobre las revalorizaciones legales que sufra la pensión porque sería incompatible con su naturaleza.

La parte recurrida- el INSS- presentó escrito de impugnación del recurso en el que se opone a la revalorización del recargo prestacional, y, en cualquier caso, que de ser viable, no debe correr a su cargo, por considerar que no le pueden afectar las modificaciones legales operadas con posterioridad a su reconocimiento inicial. Además, considera prescrita la petición, al haber superado la actora el plazo de cinco años previsto en el art. 53.1 LGSS desde la modificación legal del porcentaje de la pensión de viudedad (entrada en vigor el 1 de enero de 2004) hasta la fecha de la solicitud (10 de diciembre de 2018).

El Ministerio Fiscal informó a favor de la estimación del recurso, al apreciar la concurrencia del requisito de contradicción exigido entre la sentencia recurrida y la de contraste.

V. Normativa aplicable al caso

La principal norma considerada infringida por la parte recurrente en casación para la unificación de doctrina es el artículo 164 LGSS de 2015, que regula el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y salud laboral.

Bajo el rótulo “Recargo de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, el artículo 164 LGSS establece lo siguiente:

“1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o trasmitirla.

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.”

VI. Doctrina básica

La sentencia comentada hace referencia a su propia doctrina sobre el principio de unicidad del daño y del accidente (FJ 2, apartado 2 *in fine* y FJ 4) y a la interpretación con perspectiva de género de la norma aplicable (FJ 3, apartado 5).

- El principio de unicidad del daño y del accidente ha sido aplicado por el TS para fijar el día inicial del plazo de prescripción del recargo prestacional para proporcionar seguridad jurídica. Se entiende que el recargo complementa una prestación de la Seguridad Social causada por contingencias profesionales, pero tiene sustantividad propia respecto de la prestación, lo que afecta a la prescripción, que opera de forma independiente de la pensión que complementa [STS 9 de febrero de 2006, recurso 4100/2004; STS 19 de julio 2013, recurso 2730/12; de 12 de noviembre de 2013, recurso 3117/12; STS del Pleno de la Sala de lo Social de 18 de diciembre de 2015, recurso 2720/201, y STS 753/2016, de 20 de septiembre, recurso 3346/2015].

Según esta doctrina, las consecuencias de un solo hecho- el accidente de trabajo- se proyectan en una sola decisión sancionadora, por lo que no puede resolverse el recargo a medida que se van reconociendo diferentes consecuencias dañosas para el afectado.

- De otro lado, como se argumenta en la sentencia glosada, la perspectiva de género en la interpretación de las normas jurídicas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 15 de la Ley Orgánica 3/2003 y artículos 4.4 y 7 de la Ley 15/2022, ha sido aplicada por la propia Sala IV del TS, desde la STS de la Sala de lo Social (Pleno) de 21 de diciembre de 2009, recurso 201/2009 y en otras numerosas sentencias posteriores (entre las que citan las STS 908/2020, de 14 de octubre, recurso 2753/2018; 645/2021, de 23 de junio, recurso 161/2019 y 747/2022, de 20 de septiembre, recurso 3353/2019) para evitar que se perpetúen las situaciones discriminatorias por razón de sexo.

VII. Parte dispositiva

Por todo lo expuesto (...), esta Sala ha decidido:

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Hulleras del Norte, SA, confirmando la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias 1007/2020, de 30 de junio (recurso 84/2020). Sin condena al pago de costas.

VIII. Pasajes decisivos

TERCERO.- 1.- El recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social es una institución compleja que contiene elementos sancionatorios, indemnizatorios y prestacionales. (...)

2. [...]

Debemos precisar que el recargo complementa una prestación de la Seguridad Social pero tiene sustantividad propia respecto de la prestación, lo que afecta a la prescripción del recargo prestacional, que opera de forma independiente de la prescripción de la pensión que complementa [doctrina de la unicidad del daño y del accidente: (...)]

[...]

Por consiguiente, la responsabilidad empresarial por el recargo puede desarrollarse en diferentes momentos a lo largo de un prolongado lapso temporal.

5. [...]

Las reformas legislativas que revisan al alza la cuantía de las pensiones de la Seguridad Social normalmente no afectan a las pensiones devengadas antes de su entrada en vigor, por lo que no afectan a los recargos prestacionales derivados de accidentes de trabajo producidos con anterioridad a la reforma legal. En cambio, en el caso de la pensión de viudedad, ese aumento del porcentaje de la base reguladora de la pensión sí que afectó a las pensiones reconocidas con anterioridad a la reforma legislativa.

[...]

La interpretación con perspectiva de género del art. 123 de la LGSS de 1994 (art. 164 de la vigente LGSS de 2015) obliga a interpretar ese precepto en el sentido de que el recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social debe incrementarse cuando una reforma legal aumenta la cuantía de la pensión de viudedad.

CUARTO. (...)

Seguimos aplicando el principio de unicidad del daño y del accidente para determinar si el recargo de prestaciones ha prescrito. Pero si el recargo no ha prescrito porque se instó dentro de plazo, el posterior aumento de la cuantía de la pensión de viudedad debido a la aprobación de una reforma legislativa conlleva el correlativo incremento de la cuantía del recargo.

IX. Comentario

- La decisión mayoritaria favorable a la revisión del recargo prestacional

La sentencia glosada comienza recordando que el recargo de prestaciones es una institución compleja que tiene elementos sancionatorios, indemnizatorios y prestacionales (FJ 3), por lo que considera importante distinguir sus finalidades- sancionadora e indemnizatoria- de la forma en que se instrumentaliza para cumplir dichas finalidades.

En primer lugar, tiene una finalidad sancionatoria-preventiva toda vez que pretende sancionar conductas antijurídicas vulneradoras de la deuda de seguridad del empresario para evitar en el futuro que ese u otro empleador incumplan la deuda. De ahí que el porcentaje del recargo se fije en función de “la gravedad de la falta” y no del daño causado (art. 164.1 LGSS). La autoridad laboral puede imponer el recargo de oficio, lo que es ajeno a la responsabilidad civil. Además, es compatible con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados.

Por lo que respecta a su finalidad indemnizatoria, el recargo posibilita que el trabajador accidentado cuando ha habido incumplimiento empresarial de su obligación de seguridad perciba una prestación de la Seguridad Social con una cuantía superior de la que hubiera cobrado si no se hubiera vulnerado dicha deuda de Seguridad

Ahora bien, para cumplir tales fines el recargo opera en forma prestacional, ya que su gestión (reconocimiento, caracteres y cuantía) se articula de modo prestacional.

En relación con esta segunda dimensión, la Sala IV realiza una serie de precisiones que derivan de diversos pronunciamientos previos de la propia Sala. Así, señala que si bien el recargo complementa una prestación de la Seguridad Social tiene sustantividad propia, lo que afecta a la prescripción del recargo prestacional que opera de forma independiente de la pensión que complementa [doctrina de la unidad del daño y del accidente: SSTs de 9-2-2006, recurso 4100/2004 y del Pleno de la sala de lo Social de 18-12-2015, recurso 2720/2024)]. Por ello, aunque las prestaciones por muerte y supervivencia, con excepción del auxilio por defunción, sean imprescriptibles en virtud del artículo 230 LGSS, puede suceder que el recargo haya prescrito.

De otro lado, el TS ha declarado que la subrogación en el pago de las prestaciones de la Seguridad Social es aplicable al recargo prestacional (STS Sala IV, Pleno, de 23 de marzo de 2015, recurso 2057/2014), por lo que, en los casos de sucesión empresarial, la empresa subrogada es responsable de los recargos prestacionales derivados de los accidentes de trabajo ocurridos antes de la sucesión.

Continúa afirmando que tanto para el empresario infractor como para el que adquiera la empresa con posterioridad, la responsabilidad empresarial por el recargo puede desarrollarse en diferentes momentos a lo largo de un prolongado lapso temporal, como sucede cuando las dolencias del trabajador causadas por el accidente van evolucionando de forma progresiva dando lugar a sucesivas prestaciones a

medida que se agrava su situación, y que afectará a la responsabilidad derivada del recargo de prestaciones. Así, por ejemplo, si se produce un accidente de trabajo por incumplimiento de las medidas de seguridad y el trabajador es inicialmente beneficiario de una prestación de incapacidad temporal, el recargo se aplicará al importe de dicha prestación. Pero si se le reconoce más adelante una pensión de incapacidad permanente total, el recargo se aplicará sobre el importe de dicha pensión. Si las secuelas se agravan y se le reconoce una pensión de incapacidad permanente absoluta, el recargo se calculará sobre la base de la nueva pensión, y si finalmente el trabajador fallece, el recargo se trasladará a su cónyuge viudo o pareja de hecho.

Por lo tanto, en función de cuál es la dolencia que sufre el trabajador como consecuencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional, tanto la empresa infractora como la adquirente, pueden prever la posible evolución progresiva de las secuelas y ser conscientes de que tal evolución afectará a su responsabilidad futura derivada del recargo de prestaciones.

Sin embargo, dicha situación es distinta a la que se produce cuando el incremento en la cuantía de las prestaciones reconocidas como consecuencia del accidente y sobre las que se calcula el recargo, tiene lugar en virtud de una reforma legislativa que los empresarios responsables del recargo no pudieron prever, ya que tal imprevisibilidad es un factor de inseguridad jurídica.

De hecho, como señala la Sala, las reformas legislativas que revisan al alza la cuantía de las pensiones de la Seguridad Social normalmente no afectan a las pensiones devengadas antes de su entrada en vigor, por lo que no afectan a los recargos prestacionales derivados de accidentes producidos antes de su entrada en vigor.

Ahora bien, en el caso de la pensión de viudedad, ese aumento del porcentaje de la base reguladora operado en virtud de la reforma legislativa sí que afectó a las pensiones reconocidas con anterioridad a la modificación legal.

Para el Alto Tribunal, el incremento normativo del porcentaje de la pensión de viudedad, mayoritariamente percibida por mujeres, tenía por finalidad evitar la discriminación por razón de sexo. En consecuencia, la interpretación por razón de género obliga a interpretar el artículo 164 LGSS en el sentido de que el recargo prestacional debe incrementarse cuando una reforma legal posterior aumenta la cuantía de la pensión de viudedad.

Por último, la Sala revisa la doctrina de la unicidad del daño y del accidente en relación con la prescripción del derecho al recargo y analiza si en el presente caso se ha producido la prescripción del recargo.

Pese a ser una cuestión de enorme trascendencia, no se pronuncia sobre las fechas de los distintos acontecimientos ni en la separación cronológica entre el momento en que sucede el accidente laboral del que trae causa el recargo (mitad de 1995), la condena al recargo a la empresa en virtud de sentencia de 9 de mayo de 2003, la modificación de la cuantía de las pensiones de viudedad (diciembre de 2003) y la solicitud de que se revise el importe del recargo (finales de 2018). Simplemente, la Sala argumenta que en la presente litis, un Juzgado de lo Social reconoció el derecho al recargo y que “no ha habido conducta pasiva de la Entidad Gestora ni de la beneficiaria de la pensión que determine la prescripción extintiva del derecho”.

Para la Sala IV, cuando se produjo el hecho causante la cuantía de la pensión de viudedad era excesivamente reducida, lo que daba lugar a una discriminación indirecta por razón de sexo, que el legislador trató de corregir aumentando la cuantía y aplicando dicho incremento a las pensiones devengadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma legal. Por lo tanto, dicho aumento obliga a recalcular el porcentaje del recargo prestacional de conformidad con la nueva cuantía de la pensión de viudedad de la actora porque el recargo no había prescrito.

En definitiva, concluye desestimando el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa, conformando la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias 1007/2020, de 30 de junio (recurso 84/2020).

- Los votos particulares de la sentencia

Como se ha señalado, la sentencia de 25 de enero de 2024 (rcud. 3521/2020) cuenta con dos votos particulares, en gran parte coincidentes entre sí, y que discrepan de la tesis mayoritaria de la Sala.

A) En cuanto al Voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. Ángel Blasco Pellicer, el mismo se asienta en la indiscutible naturaleza sancionadora del recargo de prestaciones desde la perspectiva del sujeto obligado a su satisfacción, compatible con el papel que juega como indemnización punitiva que el Estado impone a favor de un tercero perjudicado.

Para este Magistrado, las dos perspectivas nos sitúan en el ámbito del derecho sancionador, como el propio Tribunal Supremo ha sostenido con sólidos argumentos puestos de relieve en la STS- Pleno- de 20 de octubre de 2000, Rcd. 2393/1999 y seguidos en numerosas sentencias posteriores. En consecuencia, resultan aplicables al recargo prestacional los principios y derechos constitucionales que rigen el derecho sancionador del Estado recogidos especialmente en los artículos 9, 10 y 25 CE, tales como el principio de legalidad, el de tipicidad de la infracción y sanción, el de culpabilidad, el principio *“ne bis in idem”*, el de proporcionalidad entre conducta infractora y sanción, y la interdicción de aplicación retroactiva de normas que impliquen incremento de sanciones firmes.

Por ello, considera que la doctrina correcta estaba en la sentencia de contraste, lo que debió implicar la estimación del recurso, la casación de la sentencia recurrida con la consiguiente desestimación de la demanda y la absolución de la empresa recurrente.

B) El otro Voto particular es formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro, que pese a aceptar los Antecedentes, la regulación aplicable y la jurisprudencia concordante, discrepa en la solución alcanzada.

Desde su punto de vista, “el carácter prestacional del recargo conduce a que el porcentaje acordado incremente la pensión correspondiente en cada momento, incluyendo la derivada de innovaciones normativas”. Sin embargo, su carácter sancionador y las garantías constitucionales “impiden que la empresa vea revisada, años después, la cuantía que debió depositar para financiar el abono del recargo”.

Por lo tanto, la conjugación de las múltiples perspectivas que confluyen en el caso debería llevar a mantener el derecho de la viuda a que el recargo (del 50%) se calcule sobre el importe de su pensión de viudedad tal y como ha quedado configurada tras la reforma normativa, pero debe ser el sistema de la Seguridad Social el que allegue en su caso con recursos adicionales necesarios para financiar ese aumento y no la empresa, que ya cumplió con su obligación de depositar el capital coste exigido en su momento.

En definitiva, este Magistrado preconiza en su voto particular una solución específica al problema planteado, que no coincide absolutamente con ninguna de las tesis de las sentencias confrontadas, ya que, como recuerda, el Tribunal Constitucional ha declarado que “el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores”, siempre que resuelva “el debate planteado en suplicación” (STC 172/1994, de 7 de junio, FJ 3).

Al no haberse acogido por la Sala su postura intermedia, favorable a que la viuda percibiera el recargo calculado conforme al 52 % de la base reguladora, pero sin que ese incremento fruto de un cambio normativo, deba ser asumido por la empresa. Los motivos de su discrepancia doctrinal quedan expuestos con una clara sistemática.

En primer lugar, señala que la irretroactividad de las disposiciones desfavorables (para el empleador) y la seguridad jurídica, entre otros principios del artículo 9 CE se oponen a que la empresa “que cumpla con el deber-castigo de capitalizar el recargo” tenga que soportar años después un aumento de su obligación.

En segundo lugar, considera que no debe asimilarse el presente supuesto en el que se producen mejoras de opciones normativas con los de agravación de las dolencias padecidas, por lo que “las circunstancias exógenas a la relación laboral” en la que se produce la infracción que desencadena el accidente y la imposición del recargo, “no pueden afectar retroactivamente al alcance de la indemnización-sancionadora por las expuestas exigencias”.

En tercer lugar, estima que la perspectiva de género carece de relevancia en este litigio. En cualquier caso, argumenta que “la interpretación con tal perspectiva debe atender a la protección de la viuda, no a la revisión del deber empresarial si con ello aparecen vulnerados otros derechos fundamentales (del empleador) o desnaturalizada la esencia de la capitalización.

Por último, sostiene que la propia doctrina sobre la unicidad del daño invocada por la Sala colisiona con la solución acogida, ya que aquella supone que “la decisión sancionadora es única y que no es razonable resolver acerca del recargo a medida que se van reconociendo diferentes consecuencias dañosas”. Ello porque considera inaceptable que “una consecuencia desfavorable (se identifique o no como una sanción formal) queda de este modo, trocada en una obligación de tracto sucesivo si los poderes normativos lo deciden en el futuro”.

X. Apunte final

La falta de unanimidad en la solución alcanzada genera cierta sensación de provisionalidad en el pronunciamiento.

En efecto, de los seis Magistrados que integran la Sala IV en el Pleno, cuatro consideran que, salvo que haya prescrito, el recargo debe actualizarse ante cualquier incremento del importe de la pensión que complementa, no sólo en el supuesto de que el aumento venga de una previsible evolución de las dolencias que dé lugar a nuevas prestaciones, sino también en el de incremento acaecido por una reforma normativa posterior al reconocimiento de la pensión y al de la imposición del recargo a la empresa.

La sentencia cuenta con dos votos particulares muy bien fundamentados. Ambos Magistrados coinciden en que el incremento de la pensión a la que complementa el recargo por una modificación legal no debe afectar a la empresa. La diferencia básica entre ambos votos discrepantes es que el Magistrado Excmo. Sr. Blasco Pellicer, basándose en el carácter eminentemente sancionador del recargo, rechaza de plano cualquier incremento futuro en perjuicio del empresario, por lo que considera que la solución correcta habría sido la de la sentencia referencial, con la consiguiente desestimación de la demanda y la absolución de la empresa recurrente. En cambio, el Magistrado Excmo. Sr. Sempere Navarro trata de conciliar ambas finalidades del recargo- prestacional y sancionador-punitivo, proponiendo una solución propia, que no coincide exactamente con las tesis de la sentencia recurrida ni con la de contraste. A su juicio, lo correcto es que la viuda percibiera el recargo calculado conforme al 52 % de la base reguladora, pero sin que ese incremento fruto de un cambio normativo, deba ser asumido por la empresa, sino que debe recaer en la Entidad Gestora.

En definitiva, sería deseable una intervención del legislador que actualice la redacción del precepto cuestionado y clarifique su naturaleza y la suerte del recargo en las diferentes situaciones que pueden plantearse en la práctica (sucesión empresarial, evolución de las dolencias, cambios normativos, etc.).

§ 15 ¿Quién se salva de la imposición de costas por el criterio del vencimiento?

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social (TSJ de Madrid).

Resumen: La Sala Cuarta, en pleno, aborda la cuestión relativa a la procedencia, o no, de la condena en costas de las entidades de las Comunidades Autónomas encargadas de la gestión de la discapacidad por el sólo criterio del vencimiento. El Alto Tribunal, tras repasar su doctrina, analiza cuál es la naturaleza jurídica de las entidades gestoras para concluir que organismos autonómicos como los que nos ocupan carecen de tal dimensión, por lo que son susceptibles de ser condenadas al abono de las costas procesales caso de resultar desestimados los recursos por ella entablados.

Palabras clave: Condena en costas. Discapacidad.

Abstract: The Fourth Chamber in plenary session addresses the contentious issue relating to the admissibility, or not, of the order for costs of the entities of the Autonomous Communities responsible for the management of disability. The High Court, after reviewing its doctrine, analysed the legal nature of the managing entities, to conclude that such bodies lack such a dimension, so that they are liable to be ordered to pay the procedural costs if the appeals are dismissed by the Court the actions brought by it have been dismissed.

Keywords: Orders as to costs. Disability.

I. Introducción

Es sabido que la Jurisdicción Social presenta notables particularidades en relación con otros órdenes. Tanto la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social^[1] como la de Asistencia Jurídica Gratuita^[2] son un claro ejemplo de ello, pues el reconocimiento general e incondicionado de tal beneficio a las personas trabajadoras y a las entidades gestoras se aleja de las exigencias generales contenidas en la segunda de las normas referidas.

La aparente sencillez del artículo 235 de la LRJS a la hora de reglamentar los criterios sobre imposición de costas según el general criterio del vencimiento se evidencia a la hora de examinar la procedencia, o no, de su imposición respecto de ciertos organismos públicos con los que ahora nos ocupan. En el presente comentario profundizaremos sobre cuál es el concepto de entidad gestora a los efectos de eludir la condena en costas en los procedimientos en materia de Seguridad Social.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia de Pleno.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 177/2024, de 29 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 1392/2021.

ECLI: ES:TS 2024:608

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Doña María Luz García Paredes.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión que se trata de dilucidar en la sentencia que analizamos se centra en determinar la procedencia, o no, de la imposición de las costas respecto de los organismos autonómicos que asumen las competencias de reconocimiento y gestión del grado de discapacidad por el sólo criterio del vencimiento.

El origen del procedimiento arranca en la impugnación del reconocimiento de un grado del 19% de discapacidad a una mujer que padecía la pérdida total de audición en un oído y neurosensorial no filiada en el otro, trastorno de la afectividad y distímico psicógeno, y acúfenos. No conforme con el grado reconocido acude la señora a la jurisdicción recayendo sentencia del Juzgado de lo Social número 6 de Sevilla que revoca la resolución administrativa impugnada, aumentando el grado de discapacidad a un 33%.

Recorre en suplicación dicha sentencia el Letrado de la Consejería Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de Sevilla, dictando la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, sentencia^[3] que desestima el recurso de la administración demandada imponiéndole la condena en costas por importe de 600 euros. En concreto razona la Sala que “ni lo aquí ventilado es una prestación de Seguridad Social, ni aun cuando se entendiese que se trata de una calificación que puede tener incidencia futura en alguna prestación no contributiva de la Seguridad Social, la consejería demandada no interviene en calidad de entidad gestora, cualidad que solo tienen las entidades taxativamente enumeradas en el artículo 66 de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), esto es, el INSS, el INGS y el IMSERSO, habiéndose incluso excluido por la reciente jurisprudencia (SSTS/IV 20.09.2018 -Rcud.56/2017- y 17.07.2019 -Rcud.1148/2018-) el beneficio de justicia gratuita -y por ende la exención de costas- a los servicios públicos de salud de las comunidades autónomas que gestionan las competencias atribuidas a éstas en lo referente a la asistencia sanitaria, competencia del Sistema Nacional de Salud.

Como tales costas objeto de condena sólo se comprenden -por no constar la reclamación de otros gastos necesarios- los honorarios del señor letrado impugnante del mismo, en cuantía de seiscientos euros (600 €) más el IVA correspondiente, que en caso de no satisfacerse voluntariamente podrán interesarse ante el juzgado de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el artículo 237.2 LRJS”.

IV. Posición de las partes

Recorre la entidad demandada en casación unificadora frente a dicha resolución denunciando como infringido el artículo 14 de la Constitución Española (CE); 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, en relación con los artículos 2, 7.2, 66 y 373 de la Ley General de la Seguridad Social y. 21 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, en materia de pensiones no contributivas y artículo 36 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las personas con discapacidad en Andalucía.

La parte recurrente sostiene que las competencias de determinación, reconocimiento y gestión de la discapacidad han de entenderse incluidas en el concepto de gestión de prestaciones de seguridad, por lo que el tratamiento procesal que han de recibir en orden a la cuestión que nos ocupa, (la procedencia, o no de su condena en costas) ha de ser la misma que la que se proporciona por el legislador a las entidades gestoras.

El Ministerio Fiscal considera que el recurso ha de ser desestimado pues a su juicio no concurre el necesario requisito de contradicción entre la resolución impugnada y la citada de contrate, a saber, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 13 de mayo de 2008, Rec.487/2077.

V. Normativa aplicable al caso

Como hemos anticipado, la Sala interpreta esencialmente los siguientes preceptos:

- El artículo 2 b) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que establece que el derecho a la asistencia jurídica gratuita de las Entidades Gestora y Servicios Comunes de la Seguridad social, en todo caso, precepto que vino a sustituir, por derogación, el mandato del artículo 59.3 de la LGSS 1994, en el que ya venía siendo reconocido el citado beneficio, en relación con el artículo 25.2 de la LPL 1994.

- El artículo 66.1 de la LGSS dispone que "La gestión y administración de la Seguridad Social se efectuará, bajo la dirección y tutela de los respectivos departamentos ministeriales, con sujeción a los principios de simplificación, racionalización, economía de costes, solidaridad financiera y unidad de caja, eficacia social y descentralización, por las siguientes entidades gestoras" identificando en su apartado c) al IMSERSO.

- El artículo 67 de dicha norma, en su apartado 2 establece que "Las entidades gestoras desarrollar artículo en su actividad en régimen descentralizado, en los diferentes ámbitos territoriales".

- El artículo 68 de la misma, señala que las entidades gestoras tienen la naturaleza de entidades de derecho público y capacidad jurídica para el cumplimiento de los fines que les están encomendados.

El artículo 75 de la LGSS reserva el nombre de entidad gestoras a las en ella especificadas, sin que ninguna entidad pública o privada pueda hacer uso de él, indicando el artículo 76 el régimen de exenciones y beneficios que le son otorgados.

El artículo 150 de la Constitución Española (CE) dispone que "el Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado".

También trae a colación la normativa autonómica que determina la asunción de las competencias en materia de discapacidad, a saber, el artículo 6 del Real Decreto 1971/1999; así como los artículos 10 y el artículo 12, en materia de reclamaciones previas que remitía al artículo 71 de la entonces vigente LPL 1995, que regulaba la reclamación previa en los procesos especiales de seguridad social.

VI. Doctrina básica

La Sala Cuarta se enfrenta a la determinación de la procedencia, o no, de la imposición de costas a los organismos autonómicos encargados de la gestión de la discapacidad caso de haber visto desestimada su posición procesal.

El Alto Tribunal concentra su doctrina básica en el segundo de sus fundamentos de derecho donde concluye que las entidades gestoras de la seguridad social son las

únicas que tienen reconocida la justicia gratuita y éstas se identifican con las que el legislador ha señalado y denominado como tal, no siendo posible que se otorgue la misma condición a otros organismos aunque actúan en el mismo marco competencial que aquellas, por virtud de los servicios transferidos, y aunque lo sea en materia que, en parte, pueda estar conectada con el sistema de prestaciones de seguridad social.

Esto es, cuando se resuelve por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas similar cuestión como la que aquí nos ocupa, de reconocimiento de un grado de discapacidad, a los muy variados efectos que posteriormente puedan interesar los solicitantes, aquellos deberán sufragar las costas procesales no generándose tal condena en los procesos judiciales en los que se impugnan, en similar procedimiento administrativo, las resoluciones emitidas por los órganos del IMSERSO autonómicos. Tratamiento procesal diferente que proviene de la propia naturaleza del órgano que la ha dictado y el régimen jurídico que el legislador ha establecido.

VII. Parte dispositiva

Atendiendo a lo expuesto, la Sala desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad demandada, confirmando y declarando la firmeza de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de 20 de noviembre de 2020 en recurso de suplicación 2260/2019.

VIII. Pasajes decisivos

Concentra el Tribunal sus razonamientos jurídicos más relevantes en el fundamento de derecho segundo, donde sintetiza su doctrina unificada sobre la cuestión que nos ocupa.

IX. Comentario

La resolución anotada viene a dar un paso más en la colección de doctrina jurisprudencial que ha abordado la imposición de costas en procedimientos de Seguridad Social a los organismos encargados de la gestión de las diferentes prestaciones y subsidios que integran su paraguas protector.

Así, conviene recordar que el Alto Tribunal ya se había pronunciado en relación con el IMSERSO^[4], al señalar que éste no podía ser condenado en costas por el sólo criterio del vencimiento por cuanto el artículo 233 de la LPL (cuya redacción se conserva en la relación «enumeración»- de EEGG que hace el artículo 57 LGSS/1994 [actualmente, artículo 66 LGSS /2015], siendo así que por virtud de las transferencias de la gestión de la prestación sanitaria llevada a cabo en nuestro país desde el antiguo Instituto Nacional de la Salud [y demás Entidades Gestoras] a las distintas Comunidades Autónomas, los diferentes Servicios de Salud [y restantes Entidades] constituidos en cada una de ellas 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 gratuita. 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, que aquí no concurren». Y ello destacando que «no es relevante que la entidad demandada no actúe aquí en el ámbito de la gestión de la prestación, sino en materia de personal, porque el beneficio de justicia gratuita se refiere a toda actuación procesal y no únicamente a la que es propia de la prestación sanitaria de la Seguridad Social (artículo 2.b) de la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita)^[6].

Pese a lo anterior, la Sala cambia su doctrina en relación con los procedimientos en que intervienen los organismos autonómicos que gestionan la asistencia sanitaria, con base en las sucesivas modificaciones que ha experimentado el derecho a la asistencia sanitaria de las que extractamos las más relevantes, a estos efectos, seguidamente:

“Primero. El artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de justicia gratuita estableció: «En los términos y con el alcance previstos en esta ley y en los tratados y convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita:

b) Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso.

d) En el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales.

Asimismo, el derecho a la asistencia jurídica gratuita se reconoce a los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social para los litigios que sobre esta materia se sustancien ante el orden contencioso-administrativo.

h) Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita a quienes a causa de un accidente acrediten secuelas permanentes que les impidan totalmente la realización de las tareas de su ocupación laboral o profesional habitual y requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, cuando el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos.».

Este precepto, reiteración del primitivo artículo 59-3 de la LGSS, ha sufrido con posterioridad diversas modificaciones, las últimas en 2013 y 2015, pero ninguna de ellas ha afectado a su apartado b).

Sin embargo, como examinaremos a continuación si ha experimentado variación la normativa reguladora de la sanidad pública y del derecho a asistencia sanitaria del artículo 42-1-a) de la LGSS y la entidad obligada a proporcionar esa prestación, pues esos preceptos, al igual que el artículo 66 han recibido nueva redacción en el actual Texto articulado en vigor desde el 10 de octubre de 2015, que ha dado otra redacción al concepto naturaleza y competencias de las entidades gestoras, especialmente del INSALUD que a raíz de la Ley General de Sanidad de 1986 vió mermadas sus competencias hasta su práctica desaparición por la transferencia de sus competencias en materia de asistencia sanitaria a las diferentes Comunidades Autónomas que culminó a finales de 2002. A raíz de ello, la Ley 16/2003, de 28 de mayo creó el Sistema Nacional de Salud (SNS) asumiendo el Estado las competencias en la materia en las Ciudades de Ceuta y Melilla por medio del INGESA que ha sustituido al INSALUD (artículo 66-1 -c) de la LGSS).

Segundo. La Ley 16/2003 regula la coordinación y cooperación de las distintas Administraciones Públicas Sanitarias estableciendo el catálogo de prestaciones del SNS y la cartera de servicios del Sistema (artículos 7 y siguientes), pero lo más relevante es que establece entre sus principios que el Estado es asegurador universal y público de las prestaciones sanitarias (artículo 2-b)) y que la financiación del SMS es pública de acuerdo con el sistema de financiación autonómica (artículos 2-e) y 3-bis), que protegerá a todos los españoles y a los extranjeros que tengan su residencia en España, según la redacción que les ha dado el reciente RD Ley 7/2018 de 28 de julio que amplía la lista de beneficiarios que reconocía la normativa anterior.

Tercero. 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 sólo 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 sólo 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.

Cuarto. Procede, por ende, rectificar la doctrina de la Sala y entender 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, costas por actuaciones en procesos judiciales, les resultan de aplicación las mismas reglas que al Estado y demás Administraciones y entidades públicas.

Quinto. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso nos obliga a desestimar el recurso del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), por ser un Ente de Derecho Público, creado por la Comunidad de Madrid que, conforme a su propia normativa, actúa con carácter general sujeto al derecho privado y sometido al derecho público cuando ejerce potestades administrativas, así como cuando administra su patrimonio o responde patrimonialmente ante terceros, cual se deriva de lo dispuesto en los artículo 58 a 61, ambos inclusive, de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre de la Comunidad de Madrid, sobre Ordenación Sanitaria, así como de los artículos 2, 3 y 4 del Decreto 24/2008, de 3 de abril del Consejo de Gobierno de la Comunidad, sin que se deba olvidar que sus fines y funciones van más allá de la simple prestación de asistencia sanitaria, como muestran los preceptos citados.

En este sentido cabe señalar que con base en el artículo 139-2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa la Sala Tercera de este Tribunal viene imponiendo las costas de la casación o de anterior instancia a quien es vencido en el recurso (STS (3ª) de 11 de junio y 21 de julio de 2010 Recs.3996/2008 y 5866/2008), 21 de junio de 2016 (R. 3256/2014) y 14 de noviembre de 2017 (R. 3465/2015), entre otras dictadas en supuestos de reparación daños patrimoniales por defectuosa prestación de asistencia sanitaria”.

Para terminar indicar que la Sala también ha tenido ocasión de abordar la procedencia de la imposición de costas a las entidades gestoras por el mero criterio del vencimiento en relación con su actuación como empleadoras^[7] afirmando que no es relevante que la entidad demandada no actúe aquí en el ámbito de la gestión de la prestación, sino en materia de personal, porque el beneficio de justicia gratuita se refiere a toda actuación procesal y no únicamente a la que es propia de la prestación sanitaria de la Seguridad Social (artículo 2.b) de la Ley 1/1996 , de asistencia jurídica gratuita).

X. Apunte final

En la sentencia comentada la Sala extiende su doctrina, sentada en relación con la imposición de costas por el criterio del vencimiento respecto de las entidades que en cada Comunidad Autónoma se encargan de la gestión y prestación de la asistencia sanitaria, al supuesto de gestión de la discapacidad, insistiendo en el carácter tasado de las entidades respecto de las que cabe predicar la condición de entidad gestora, excluyendo de la misma los diferentes entes públicos que a nivel autonómico han asumido las competencias que nos ocupan.

Referencias:

1. ^ *Aprobada por Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.*
2. ^ *Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.*
3. ^ *De 26 de noviembre de 2020, RSU.2260/2019.*
4. ^ *En STS sentencia 17/2022, de 11 de enero. Rcd.1140/2021, reiterada en STS 1124/2023, de 12 de diciembre, Rcd.728/2022.*
5. ^ *En este sentido cabe citar las SSTS 2-2-1998, Rec.1725/97; la de 29-X-1999, Rec.3071/98; la de 25-X-1999, Rec.- 3510/1998; la 885/2017 de 15 noviembre, Rcd.885/2017, la de 22/06/2020, Rcd.4138/2017 o la de 03/06/2021, Rcd.3581/2019.*
6. ^ *En este sentido STS 347/2017, de 25 de abril, Rcd.4084/2015.*
7. ^ *Entre otras en SSTS de 276/2018, de 13 de marzo, Rcd.1987/2016, sentencias de 20/05/04, Rcd.2946/03; de 10/11/04, Rcd.299/04; de 21/12/04, Rcd.316/04; de 22/12/04, Rcd.4509/03; de 27/12/04 Rcd.394/04; de 15/02/05, Rcd.3043/03; de 27/02/06, Rcd.5093/04; de 19/04/07, Rcd.1376/06; de 24/07/07, Rcd.1244/06; de 16/11/07, Rcd.2028/06; de 19/12/08, Rcd.337/08; de 17/09/09, Rcd.4455/08; de 04/12/09, Rcd.1520/09; de 15/06/10, Rcd.2395/09; de 04/07/12. Rcd.3635/11; de 16/07/15, Rcd.2945/14; de 15/11/16, Rcd.74/15; de 23/03/17, Rcd.1268/15; de 25/04/2017, Rcd.4084/2015 o de 23/11/2017, Rcd.3029/2015.*

§ 16 La obligación empresarial de establecer criterios de uso de los dispositivos digitales exige la participación de los representantes de los trabajadores siendo nula su elaboración unilateral por el empresario

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: *La obligación empresarial de establecer criterios de uso de los dispositivos digitales de la empresa exige la participación de los representantes de los trabajadores cuando se modifican o alteran unos criterios previos, por lo que es nula su elaboración unilateral por el empresario.*

Palabras clave: *Protección de datos. Elaboración de criterios de uso y control de los dispositivos digitales en el lugar de trabajo. Participación de los representantes de los trabajadores.*

Abstract: *The employer's obligation to establish criteria for the use of the company's digital devices requires the participation of workers' representatives when previous criteria are modified or altered, so that unilateral elaboration by the employer is null and void.*

Keywords: *Data protection. Development of criteria for the use and control of digital devices in the workplace. Participation of workers' representatives.*

I. Introducción

El obligado cumplimiento de lo prescrito por la Ley 3/2018 sobre protección de datos (LOPDYGD) se abre paso en la doctrina judicial. Como norma específica respecto a la general de control empresarial contenida en el art. 20.3 TRET, uno de los temas que plantea el art. 87 LOPDYGD destinado específicamente al derecho a la intimidad de la persona trabajadora frente al uso de los dispositivos digitales facilitados por el empleador, es el de si los criterios de uso y control pueden ser elaborados unilateralmente por el empresario o si, por el contrario, forzosamente deben ser elaborados con los representantes de los trabajadores y si, en tal caso, se trata de una consulta o basta la mera información. Estas son algunas de las cuestiones abordadas por la sentencia comentada, aunque algunas de ellas se aborden de modo solo indirecto.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 225/2024, de 6 de febrero.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 263/2022.

ECLI:ES:TS:2024:566

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión debatida radica en determinar si unas comunicaciones realizadas por la empresa estableciendo unos criterios muy detenidos sobre la política de uso y vigilancia de los dispositivos digitales de la empresa debieron, o no, realizarse con la participación de los representantes de los trabajadores (RLT), siendo dichos criterios novedosos respecto a los generales contenidos en algunos contratos de trabajo.

De acuerdo con los hechos probados existían años atrás varios contratos de trabajo en los que se establecía expresamente que los dispositivos de la empresa eran para uso exclusivamente corporativo, así como un Código de Ética Profesional donde se reiteraba que los sistemas de comunicación de la empresa se proporcionaban con fines profesionales y que no podían usarse para “visualizar, recibir ni transmitir materiales inoportunos o materiales que sean ofensivos a los colegas de trabajo” pero donde se reconocía “la necesidad del uso limitado, ocasional o infrecuente de los sistemas de comunicación para propósitos personales” advirtiendo que, en tal caso, “usted debe conocer que los mensajes enviados y recibidos en nuestros sistemas de comunicación podrán ser monitoreados, inspeccionados y almacenados” negando toda expectativa de privacidad en tales casos. También existía un Código de Conducta en esa misma línea advirtiendo además de la existencia de páginas de internet no accesibles salvo con autorización de superiores. En cuanto al uso del correo electrónico por parte de los empleados a efectos de comunicación con los representantes de los trabajadores y/o sindicatos quedaba “sometido a la regulación legal existente al efecto, prevaleciendo dicha regulación legal sobre el uso del correo electrónico con fines sindicales sobre cualquier precepto del código que pueda contravenir tal derecho”.

En fechas recientes la empresa notificó en papel a los trabajadores que prestan servicios en forma presencial en Madrid y por correo electrónico a los que trabajan a distancia en Barcelona lo siguiente: “Por medio de la presente TASACIONES HIPOTECARIAS SAU... quiere recordar que tanto los equipos informáticos proporcionados por la empresa como los correos corporativos, tienen por única finalidad el desarrollo de la prestación de servicios contratada, estando prohibido su uso para fines particulares no relacionados con el desempeño de las funciones laborales encomendadas. Con el objeto de impedir el uso indebido de los equipos informáticos propiedad de la empresa y puestos a disposición del trabajador, así como el acceso indebido a internet a través de estos, les informamos que en cumplimiento de la LO 3/2018 de Protección de Datos Personales que todos los ordenadores y todas las direcciones de correo electrónico corporativos facilitados por la EMPRESA al TRABAJADOR o utilizados por este con ocasión de su trabajo, serán accesibles por la EMPRESA, pudiendo ser los ordenadores, su contenido así como cualquier archivo guardado en los mismos por el TRABAJADOR en cualquier momento, analizados, examinados, formateados y/o reseteados mediante los oportunos medios informáticos al alcance de la empresa (auditoría informática, examen pericial informático, software de captura de pantallas etc.) En consecuencia, el TRABAJADOR no guardará, ni archivará en los equipos informáticos propiedad de la empresa información personal no relacionada con el trabajo. El incumplimiento de las prohibiciones y de las obligaciones establecidas en la presente cláusula constituirá una falta muy grave de transgresión de la buena fe contractual que al amparo de lo dispuesto en el art. 54 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores y demás normas aplicables, podrá

dar lugar a sanciones disciplinarias, incluida la extinción del contrato por despido disciplinario.”-

El sindicato interpuso demanda de conflicto colectivo solicitando que se revocara “íntegramente la nueva política sobre el uso del correo electrónico, Internet y almacenamiento de información en los discos duros de los equipos puestos a disposición de la plantilla en la empresa, así como la conexión a ordenadores de la oficina cuando se teletrabaja para poder vigilar en tiempo real qué se hace en cada momento, por ser una política en contra de las normas que hasta ese momento estaban vigentes y no haber sido negociada con la RLT, procediendo a declarar la necesidad de que se inicie periodo de negociación con la RLT para cumplir con el art. 87.3 LOPD, y así consensuar criterios que respeten, en todo caso, los estándares mínimos de protección de la intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente”. Se solicitaba la nulidad de las instrucciones empresariales, así como de una conducta empresarial específica consistente en requerir a dos trabajadoras que prestan trabajo a distancia en el centro de Madrid la entrega de los equipos para sustituirlos por otros que se conectan en remoto, para comprobar a tiempo real, de forma continua, qué están realizando en cada momento.

La Audiencia Nacional dictó sentencia en la que aprecia de oficio su falta de competencia respecto a la situación de los teletrabajadores del centro de Madrid, pero estima su competencia en cuanto a la política empresarial unilateral afectante a varios centros de trabajo de distintas Comunidades autónomas. En este punto la AN considera inútil el debate sobre “si previamente se admitía un uso privado o no”, pues lo relevante es que “corresponde al empleador fijar los criterios de uso de los dispositivos digitales” pero “para adoptar la decisión correspondiente debe haber participado la RLT, esto es, equivalente a la *consulta* a que hace referencia el art. 64 E:T en sus apartados 5 y 6” y considera igualmente irrelevante que en los contratos de trabajo se advierta a los trabajadores que solo cabe efectuar un uso privado de los dispositivos digitales, porque “para adoptar tal decisión el empleador no puede obviar a la RLT”. Por ello, declara nula y revoca la reciente instrucción notificada a la plantilla en la que se establecen de forma unilateral por el empleador, sin que conste participación alguna de la RLT al efecto, criterios de uso de dispositivos digitales.

La empresa recurre en casación la sentencia que es confirmada por la STS que ahora se comenta.

IV. Posición de las partes

El sindicato mantuvo en la demanda que existía un cambio radical en la política empresarial en cuanto al uso de medios informáticos empresariales donde inicialmente se permitía el uso privado moderado de los medios informáticos de la empresa, lo que se anula posteriormente incumpliendo totalmente con el art. 87.3 LOPD, no solo por lo invasivo e ilimitado de su control, sino porque dicho precepto exige el respeto de unos estándares mínimos de protección de la intimidad de acuerdo con los usos sociales y su negociación con la RLT.

La empresa alega que se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 20.3 ET. Al respecto, entiende que se ha probado que existía una prohibición previa del uso personal de los medios informáticos facilitados por la empresa a los empleados y que la nueva comunicación efectuada por la empresa constituye un “mero recordatorio” y no la implantación de una nueva política de uso de los medios informáticos. En consecuencia, entiende que ese recordatorio, amparado directamente en el artículo 20.3 ET, no precisaría, para su elaboración de la intervención de los representantes de los trabajadores ya que el tenor literal del artículo 87.3 LOPD anuda la participación de los representantes de los trabajadores a la “elaboración” de las normas de uso, lo que no alcanza a las comunicaciones posteriores de la empresa que recuerdan una prohibición ya implantada.

V. Normativa aplicable al caso

- Arts. 20.3, 20 bis, 64.5 y 6 TRET

- Art. 87.3 LOPDYGD

VI. Doctrina básica

A partir de la entrada en vigor de la LOPDYGD, la “elaboración” de criterios sobre el uso de dispositivos digitales en la empresa deben elaborarse con participación de la RLT en los términos del art. 64.5 y 6 TRET, ya supongan una modificación o especificación, ampliación o restricción, de los criterios previos que venían rigiendo en la empresa.

VII. Parte dispositiva

Desestima el recurso de casación interpuesto por la mercantil, declara la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 22 de julio de 2022, recaída en su procedimiento de conflicto colectivo, autos núm. 178/202, declarando la pérdida del depósito constituido para recurrir y condenando en costas a la recurrente en cuantía de 1.800 euros.

VIII. Pasajes decisivos

- “Aunque íntimamente relacionados entre sí, los preceptos transcritos obedecen a lógicas diferentes. El precepto estatutario reconoce el poder de dirección del empresario en el ámbito de la relación laboral y, para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, faculta al empresario para adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control. Se trata de un precepto de carácter general aplicable a todo tipo de actividad, con independencia de los medios materiales que se utilicen para la realización del trabajo. En cambio, el artículo 87.3 LOPD se refiere, específicamente, a los criterios de utilización de los dispositivos digitales que el empresario pone a disposición de los empleados para la realización del trabajo y, al respecto, faculta al empresario para establecer normas y criterios para la utilización de los mismos, a la vez que establece limitaciones a ese poder de especificación empresarial vinculadas al derecho a la intimidad de los trabajadores. Sobre estas cuestiones específicas, la norma ordena que la elaboración de los criterios de utilización de dichos medios se realice con la participación de los representantes de los trabajadores. Desde esa perspectiva, el artículo 87.3 LOPD resulta una especificación, para un ámbito determinado, del genérico poder de dirección del artículo 20.3 ET, que legalmente se explica porque, en tal ámbito, la intimidad del trabajador resulta especialmente sensible”.

- “El mandato del artículo 87.3 LOPD tiene carácter imperativo” y el establecimiento de los criterios de utilización que debe establecer el empresario debe realizarse “con la *participación* de los representantes de los trabajadores”.

- “El mandato no tiene efectos retroactivos, cualquier modificación de los criterios previamente establecidos a la entrada en vigor de la LOPD, o cualquier especificación de los mismos, ampliación o restricción debe seguir las normas establecidas en la ley vigente. Y en este sentido, atendidos los términos literales de la instrucción que aquí se cuestiona, la Sala entiende que resulta palmario que no estamos en presencia de un mero recordatorio, sino que la controvertida instrucción implica una modificación y, en todo caso, una actualización de los criterios que venían rigiendo en la empresa y que, consecuentemente, debieron ser elaborados cumpliendo la normativa vigente”

IX. Comentario

La sentencia que se comenta presenta luces, pero también sombras. En cuanto a las luces, no cabe duda de que hay mensajes claros que quedan unificados: el art. 87 LOPDYGD es inmediatamente aplicable desde su entrada en vigor (7 de diciembre 2018); no tiene carácter retroactivo; el concepto de “elaboración” de los criterios incluye las modificaciones y actualizaciones de los que venían rigiendo en la empresa; y en dicha elaboración deben participar los representantes de los trabajadores.

Las dos principales sombras, entendidas como dudas, se refieren al grado de participación de la representación de los trabajadores y en si la misma debe ser consultada cuando la empresa tan solo quiere hacer un recordatorio de la política de criterios de uso previamente establecida.

- ¿La participación de la RLT es de información o de consulta?

Está claro que la elaboración unilateral por la empresa de criterios de uso de los dispositivos digitales aboca a su nulidad. En cumplimiento del art. 87 LOPDYGD dichos criterios deben ser elaborados con participación de los representantes de los trabajadores. La duda aquí surge en relación con si dicha participación es de consulta o de mera información. En la sentencia de la AN que confirma la sentencia del TS que ahora se comenta se deja claro que la participación implica consulta: "si bien como hemos expuesto corresponde al empleador fijar los criterios de uso de los dispositivos digitales, para adoptar la decisión correspondiente debe haber participado la RLT, esto es, *equivalente a la consulta* a que hace referencia el art. 64 ET en sus apartados 5 y 6". Por su parte, la STS que se comenta alude de modo genérico a la necesidad de participación ("lo cierto es que tales criterios debieron ser fijados con la *participación* de los representantes de los trabajadores, tanto en atención -en abstracto- al discutible contenido de los mismos, como a su contenido de especificación novedosa de anteriores instrucciones") pero al declarar firme la sentencia de la AN parece que asume que la participación es consultiva y no meramente informativa.

Sin embargo, no parecía ésta la posición del TS que consideraba que la participación de los trabajadores en esta materia era exclusivamente de informe previo y no de consulta en sentido estricto. Así, en la STS 13 septiembre de 2016 (rec. 206/2015), respecto una normativa empresarial sobre el uso de los sistemas informáticos en la empresa por los trabajadores, el Alto Tribunal declaraba que se trataba de un supuesto de derecho de informe previo del art 64.5 f TRET y no de un derecho de consulta. En esta sentencia se afirmaba que el art. 64 TRET "*distingue entre el derecho de consulta y el emitir informe previo, de forma que aquélla reviste los caracteres que le atribuye el apartado «1» y que le aproximan a la negociación colectiva [«... intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo... con espíritu de cooperación...»] y su obligatoriedad se concreta -en el ámbito estatutario- a los supuestos que detalla el apartado «5» [«... situación y estructura del empleo... cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos... eventuales medidas preventivas...»], en tanto que el derecho a emitir informe parece concebirlo de forma independiente, pues lo refiere a los concretos supuestos que cita el mismo apartado «5», y aunque los supuestos en que se impone obligatoriamente son casi todos ellos propios de consulta [reestructuraciones y cese de plantillas; reducciones de jornada; traslado de instalaciones; procesos de fusión, absorción...], otros que también reseña [planes de formación profesional; implantación y revisión de sistemas de organización y control de trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos], escapan a los supuestos generales de la obligada consulta [«situación y estructura del empleo»; «cambios relevantes» en la organización del trabajo; medidas preventivas]. (...)».*

En ese mismo sentido, ya posteriormente a la LO 3/2018, parecía expresarse la STS que también confirmaba y declaraba firme otra sentencia muy famosa de la Sala de lo Social de la AN en el proyecto "tracker" de Telepizza en la que expresamente precisaba que dicha participación era estrictamente de información previa (64.5.f TRET). En la SAN de 6 de febrero de 2019 se declaraba la nulidad del proyecto tracker, además de por otros motivos, también por no haberse cumplido con el deber de información "suficiente" a la representación legal de los trabajadores. En concreto, la AN declaraba que la implantación del Proyecto había incumplido "los requisitos de información y consulta previa establecidos en el art. 64.5 del ET" y en su motivación señalaba que dicho incumplimiento se produjo porque "la información que proporcionó la empresa al Comité Intercentros en fecha 9-5-2018 era a todas luces insuficiente a fin de que la representación legal de los trabajadores pudiese emitir su correspondiente informe", máxime cuando se trataba de sistemas que podían afectar a datos de carácter personal de los trabajadores. Si bien la remisión de la AN se hacía

de modo general a ambos tipos de participación reconocidos en el art. 65.4, la STS de 8 de febrero de 2021 (rec. 84/2019) que la confirmaba precisaba expresamente que se trataba de un derecho de información previa. En particular señalaba que el art. 64 TRET *“en su apartado 5 recoge el derecho a ser informado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa, diciendo a renglón seguido que el citado Comité tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución de la medida que pretende implantar el empresario, en determinadas cuestiones, como las reflejadas en su apartado f), relativa a la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo”*. Como el convenio colectivo aplicable en el asunto Tracker remitía de modo genérico a las competencias del art. 64 TRET, con contundencia el TS declaraba que *“en este contexto legal y convencional, centrado el debate en el derecho de información, que no de consulta, que se ostenta por la representación legal de los trabajadores, en este caso por el Comité Intercentros, la decisión de la sentencia recurrida en orden a la infracción de aquel mandato la entendemos ajustada a derecho. El proyecto tracker afecta al sistema de organización y control del trabajo, aunque su finalidad, entre otras, vaya dirigida a facilitar al cliente el seguimiento del pedido (...) junto a la incidencia en el clausulado de los contratos de trabajo y, más aún, en las condiciones laborales, en tanto que afecta a las causas de suspensión, extinción del contrato y régimen disciplinario, no podemos decir que ese derecho de información escape de las cuestiones que describe el apartado f)”*.

En consecuencia, la sombra de duda se cierne sobre si además de un informe previo, la participación del art. 87 LOPDYGD supone la consulta, entendida como “intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa” además del informe previo claramente exigido. No creo que pueda afirmarse que el tema se ha resuelto con la mera ratificación de la sentencia de la AN por parte del TS, porque lo que se alegaba en el recurso de casación por parte de la empresa era la vulneración del art. 20.3 TRET y las consideraciones que hace sobre el art. 87 LOPDYGD son más bien *obiter dicta* e, incluso, aunque fueran *ratio decidendi*, lo cierto es que no contienen un pronunciamiento específico al respeto pues lo único que se afirma es que “tales criterios debieron ser fijados con la *participación* de los representantes de los trabajadores, tanto en atención -en abstracto- al discutible contenido de los mismos, como a su contenido de especificación novedosa de anteriores instrucciones”. Es decir, participación, que incluye informe previo y consulta, sin determinar si es uno u otra.

(ii) ¿Debe activarse la participación de los representantes de los trabajadores cuando la empresa tan solo procede a realizar un recordatorio de la política de criterios de uso previamente establecida? La duda parece resolverse en sentido negativo habida cuenta de que las sentencias insisten en que han considerado que no era un mero recordatorio, sino unos nuevos criterios que modificaban los previamente establecidos. Ello, en interpretación a contrario, parece dejar vía libre a la empresa para proceder a recordatorios no modificativos sin la necesidad de participación de la RL.T.

§ 17 Trabajo a distancia, negociación colectiva y eficacia reguladora de un acuerdo extraestatutario.

Faustino Cavas Martínez

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

Resumen: *La adhesión tácita a un acuerdo extraestatutario en materia de trabajo flexible suscrito con un sindicato minoritario no es hábil para desplazar el contenido de la Ley 10/2021, que obliga a formalizar acuerdos individuales de trabajo a distancia entre la persona trabajadora y la empresa, en los que debe concretarse el porcentaje y distribución entre el trabajo presencial y en remoto; por otro lado, dicho acuerdo no puede disponer válidamente de la compensación por gastos prevista en el convenio colectivo por la realización de trabajo a distancia ni sustituirla por unos pretendidos días de libre disposición.*

Palabras clave: *Trabajo a distancia. Convenio colectivo. Acuerdo extraestatutario.*

Abstract: *Unexpressed adhesion to an extra-statutory agreement on flexible work signed with a minority union is not capable of displacing the content of Law 10/2021, which requires formalizing individual teleworking agreements with each interested worker; nor can it serve as a basis for the fact that remote work contracts do not have to specifically express the percentage and distribution between face-to-face and remote work, nor can it validly provide that the compensation for expenses provided for in the collective agreement for the remote work is replaced by some supposed days of free disposal.*

Keywords: *Remote work. Collective agreement. Extra-statutory agreement.*

I. Introducción

El trabajo a distancia está generando una estimable litigiosidad, lo que permite a los tribunales ir perfilando algunos aspectos de su nueva regulación.

En este caso, se suscita un interesante problema relativo a la eficacia de un acuerdo extraestatutario, suscrito entre la empresa y un sindicato con presencia minoritaria en la misma, donde se contempla la posibilidad de que la persona trabajadora desarrolle “trabajo flexible”, que en realidad supone la posibilidad de trabajar a distancia entre un mínimo del 30% y un máximo del 100% del tiempo laboral contractual. Se discute si la adhesión tácita a dicho acuerdo equivale al compromiso individual expreso sobre trabajo a distancia que pide la Ley 10/2021, y si el pacto extraestatutario puede establecer un mecanismo compensatorio del trabajo a distancia que difiere sustancialmente del previsto en el convenio colectivo aplicable.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Audiencia Nacional, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 8/2024, de 23 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: procedimiento de conflicto colectivo núm. 287/2023.

ECLI:ES:AN:2024:272

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Pablo Aramendi Sánchez.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Se insta procedimiento de conflicto colectivo por parte del sindicato CC.OO. -al que se adhiere la organización sindical CGT- impugnando la validez de un acuerdo colectivo sobre prestación de servicios en materia de trabajo flexible que la empresa -perteneciente al Grupo DXC- ha suscrito con el sindicato minoritario UGT. Dicho acuerdo contempla la posibilidad de que cada persona trabajadora desarrolle desde su domicilio parte de su jornada laboral, sin necesidad de acudir físicamente a las oficinas de la empresa, utilizando para ello las tecnologías de la información y respetando lo establecido en la legislación vigente.

En la cláusula 5ª del referido acuerdo se contempla la posibilidad de que la persona trabajadora desarrolle el trabajo flexible entre un mínimo del 30% y un máximo del 100% del tiempo laboral contractual; que la persona adscrita a la modalidad de trabajo flexible al 100% pueda ser requerida para prestar servicios de forma presencial en el centro de trabajo si fuera necesario por razones del servicio, sin que dicho requerimiento supere el 20% de la jornada laboral y siéndole comunicada por la empresa con un preaviso de siete días naturales; que la jornada y el horario de la persona trabajadora no se verán alterados por el trabajo flexible y, en cualquier caso, la distribución del horario elegido respetará la jornada semanal establecida por el calendario laboral anual vigente, a excepción de que la persona trabajadora se encuentre desarrollando extensiones de jornada o con reducción de jornada; que la persona trabajadora está obligada a continuar registrando su jornada laboral a través de la herramienta informática habilitada y con independencia del lugar en que estén prestando servicios; por último, que las personas trabajadoras que estén desarrollando el sistema de trabajo flexible dispondrán de dos días de libre disposición al año, que se amplían a tres días cuando la persona trabajadora sea requerida por la empresa para realizar presencialmente su actividad el 100% de la jornada sin poder llevar a efecto la prestación de servicio flexible.

La empresa se ha dirigido a la totalidad de la plantilla informando del acuerdo alcanzado con UGT, dando a los empleados la oportunidad de adherirse al mismo. La comunicación propone un sistema de adhesión tácita, de modo que, si en el plazo máximo de siete días hábiles la persona trabajadora no se opone expresamente a la aplicación del acuerdo indicándolo a través de un email, se entenderá que consiente la aplicación del mismo.

El conflicto afecta a todas las personas trabajadoras de la empresa que realizan su actividad a distancia (1120 de una plantilla de 1215).

IV. Posición de las partes

1. Posición de la parte demandante

La demanda que formula CCOO y a la que CGT se adhiere solicita que la AN declare:

-La obligación de formalizar acuerdos individuales de teletrabajo conforme a los requisitos del art. 7 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD).

-El derecho de la plantilla a percibir la compensación económica establecida en el art. 41 del convenio sectorial y el abono de los atrasos por dicha compensación desde abril de 2023.

2. Posición de la parte demandada

La empresa se opone a la demanda, indicando que el acuerdo denominado “Modelo de Trabajo Flexible” se aplica al 90% de la plantilla y se compadece con las previsiones legales de la LTD. También considera que la compensación de los gastos mediante el reconocimiento de dos días adicionales de descanso retribuido es más favorable que abonar los 17 euros mensuales fijados por convenio colectivo -es decir, se trataría de una condición más beneficiosa-.

V. Normativa aplicable al caso

La regulación legal del trabajo a distancia se contiene en la Ley 10/2021, de 9 de julio. Varios preceptos de esta disposición legislativa han de ser interpretados para dar cumplida y certera respuesta a las cuestiones interesadas en la demanda.

-De un lado, su art. 5.1, donde establece que “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 esta Ley, que podrá formar parte del contrato inicial o realizarse en un momento posterior, sin que 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.”

-De otro lado, su art. 7, el cual determina el contenido mínimo obligatorio de los acuerdos individualizados sobre trabajo a distancia entre cada trabajador individualizado y su empleador. En dichos contenidos se comprende la determinación del horario de trabajo de las persona trabajadora -y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad-, así como el porcentaje y la distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso.

-Por último, la DA 1ª, que determina las condiciones de trabajar a distancia que pueden regularse colectivamente (vía convenio o acuerdo colectivo).

Asimismo, ha de considerarse lo establecido en el art. 41 del XVIII Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y opinión pública (BOE 26.07.2023), donde se indica: “De conformidad con lo dispuesto en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, el trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora y requerirá la firma del acuerdo de trabajo a distancia en los términos previstos en la citada norma”. Y añade:

“En materia de abono y compensación de gastos, tal y como establece el artículo 12 de Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, las personas trabajadoras que se encuentren prestando servicios de trabajo a distancia de forma regular, entendiéndose por trabajo a distancia regular el definido en el artículo 1 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, percibirán en concepto de compensación de gastos la cantidad 17€ brutos mensuales. Esta cantidad, de resultar aplicable, se abonará a partir de la fecha de la firma del convenio colectivo, sin efectos retroactivos.

Esta cantidad tiene naturaleza extrasalarial, no compensable ni absorbible por ningún otro concepto, y está referida a personas trabajadoras a jornada completa y que desarrollen el 100 por 100 de su jornada de trabajo en régimen de trabajo a distancia, por lo que en situaciones de trabajo a distancia a tiempo parcial y/o porcentajes inferiores de trabajo a distancia se abonará la cantidad proporcional que corresponda.

Se entenderá que esta cantidad compensa a la persona trabajadora por todos los conceptos de gastos vinculados al desarrollo de trabajo a distancia (suministros, agua, utilización de espacios, etc.) y únicamente se abonará a las personas que presten

servicios bajo esta modalidad con carácter regular de conformidad con las definiciones legales vigentes en cada momento (actualmente artículos 1 y 2 de Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia).

Aquellas Empresas en las que, a fecha de publicación del Convenio Colectivo ya tuvieran regulada la compensación de los gastos por acuerdo individual o colectivo, respetarán los citados acuerdos, siempre que la citada cuantía fuese igual o superior al importe señalado con anterioridad. Esta cantidad fija un mínimo que deberá pagarse obligatoriamente. Dicha cantidad podrá ser mejorada mediante acuerdo colectivo o por decisión unilateral de la empresa.”

VI. Doctrina básica

La manifestación de voluntariedad por parte de cada trabajador interesado en trabajar a distancia requiere un consentimiento expreso e individualizado, que no puede sustituirse por una simple adhesión tácita a unos acuerdos alcanzados con un sindicato minoritario en la empresa con el que logran un producto convencional que carece de eficacia general y no constituye ni convenio ni acuerdo de empresa, y por ello, es obligatorio formalizar acuerdos individuales de teletrabajo con cada trabajador interesado.

La obligada concreción del porcentaje y distribución de la prestación a distancia integra el contenido mínimo obligatorio entre empresario y trabajador de conformidad con lo ordenado por el art. 7 de la LTD, no bastando con la adhesión del trabajador a un acuerdo extraestatutario que se limita a recoger horquillas porcentuales de trabajo presencial y a distancia.

Por último, los dos días de disposición al año previstos en el acuerdo extraestatutario sobre trabajo flexible no pueden dejar sin efecto el sistema de compensación por gastos derivados de la realización de trabajo a distancia que establece el convenio sectorial.

VII. Parte dispositiva

La SAN 8/2024, tras una circunstancia fundamentación jurídica, resuelve:

“Estimamos la demanda formulada por el sindicato FEDERACIÓN DE SERVICIOS CCOO a la que se adhiere el sindicato CGT y declaramos:

- La obligación de formalizar acuerdos individuales de teletrabajo conforme a los requisitos del art. 7 de la LTD, incluyendo la concreción del porcentaje y distribución de la prestación a distancia.
- El derecho de la plantilla a percibir la compensación económica establecida en el art. 41 del convenio sectorial y al abono de los atrasos por dicha compensación desde abril de 2023 (...).”

VIII. Pasajes decisivos

La SAN 8/2024 despliega los argumentos que conducirán a la emisión del fallo *supra* transcrito en sus fundamentos cuarto a séptimo. Entre ellos cabe destacar:

- “El empresario se ha negado tanto en 2022 como luego en el acuerdo que suscribe con UGT, a denominar la actividad regulada como trabajo a distancia, empleando el término trabajo flexible, con el objetivo quizá de eludir la aplicación de la normativa adecuada, la Ley 10/21 de trabajo a distancia.”
- “La manifestación de voluntariedad por parte de cada trabajador interesado en trabajar a distancia requiere (...) un consentimiento expreso e individualizado tal como exige el art. 5.1 LTD (...).”
- “Dicho consentimiento expreso e individualizado no puede sustituirse por una simple adhesión tácita a unos acuerdos alcanzados con un sindicato minoritario en la

empresa con el que logran un producto convencional que carece de eficacia general y no constituye ni convenio ni acuerdo de empresa de los indicados en la DA 1ª LTD.”

- “Es evidente que dicho contrato debe necesariamente determinar con precisión el porcentaje de jornada a realizar a distancia sin que sea válido a estos efectos el establecimiento de una horquilla de entre el 30 y el 100% de la jornada, lo que dotaría al empresario de una disponibilidad cuasi arbitraria de esta modalidad contractual. Por ello el contrato individualizado, tal como se propone, debe expresar con precisión la parte de jornada que se presta a distancia y su distribución.”

-(...), no podemos validar el mecanismo compensatorio de los gastos en la cuantía dineraria establecida en el convenio colectivo por los días de libre disposición de que disponen los trabajadores.”

IX. Comentario

La sentencia objeto de este breve comentario se suma a la no extensa pero sí representativa serie de pronunciamientos de la Audiencia Nacional que han venido a delimitar diversos aspectos atinentes al régimen jurídico del trabajo a distancia. En concreto, se trata ahora de determinar la eficacia reguladora de un acuerdo extraestatutario por el que se implanta en la empresa una modalidad de trabajo flexible, con indicación de franjas porcentuales de trabajo presencial y en remoto, cuya concreción se deja en manos de la empresa.

Lo primero que advierte la sentencia es que la denominación otorgada al pacto extraestatutario, donde se emplea el término trabajo flexible, no es sino una estratagema con la que probablemente se ha intentado eludir -sin éxito- la aplicación de la normativa adecuada, no otra que la Ley 10/2021 de trabajo a distancia. En consecuencia, la interpretación del acuerdo objeto de controversia debe realizarse atendiendo a la regulación legal del teletrabajo, precisamente por constituir dicho acuerdo un producto destinado a regular la prestación de servicios de los empleados de la empresa desde su domicilio, empleando para ello medios y aplicaciones informáticas.

En cuanto a la eficacia de la adhesión tácita al acuerdo extraestatutario sobre trabajo flexible, la AN rechaza que dicha adhesión pueda sustituir al acuerdo individual expreso entre la empresa y la persona trabajadora que la LTD disciplina en sus arts. 5 y 7.1 para poder trabajar a distancia, sin perjuicio del derecho a trabajar en remoto que pueda venir reconocido y regulado en la negociación colectiva o en el acuerdo de empresa. Ciertamente, el acuerdo extraestatutario es un pacto de eficacia contractual pero no individual, sin que la adhesión tácita al mismo colme la exigencia de suscripción de un acuerdo expreso sobre trabajo a distancia que impone la LTD, en el que habrán de concretarse, en otros extremos, los porcentajes de trabajo presencial y a distancia y su distribución.

El citado acuerdo sobre trabajo flexible alcanzado con el sindicato UGT carece de eficacia general y no constituye ni convenio ni acuerdo de empresa de los indicados en la DA 1ª de la LTD. Pero, aun cuando se considerase que entra dentro de los productos convencionales de dicha DA 1ª, lo que resulta evidente para la AN es que dicha norma no constituye ni suplanta la decisión unilateral del trabajador de prestar servicios a distancia. Efectivamente, en la DA 1ª se establecen los términos en los que la autonomía colectiva puede regular el trabajo a distancia, pero lo que en modo alguno pueden hacer los signatarios de dichos convenios o acuerdos colectivos es disponer de la libre voluntad individual de cada persona trabajadora de prestar servicios bajo esta subespecie contractual.

Por su parte, el XVIII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y opinión pública regula el trabajo a distancia disponiendo que es voluntario para el trabajador y para la empleadora, pero requiere la firma del acuerdo de trabajo a distancia en los términos previstos en la LTD.

Además, examinado el contenido del acuerdo extraestatutario en litigio, es evidente que el mismo no cumple con el requisito establecido en el art. 7 de la LTD de que el acuerdo individualizado suscrito entre empresa y persona trabajadora precise el horario de trabajo, las reglas de disponibilidad, así como el porcentaje y distribución entre trabajo presencial y a distancia, sin que baste a estos efectos con el establecimiento de una horquilla de entre el 30 y el 100% de la jornada laboral, que confiere a la empresa unas facultades de disponibilidad sobre la modalidad de trabajo a prestar cuasi omnímodas, incompatibles con las exigencias de previsibilidad y transparencia en materia de tiempo de trabajo que han de observarse en el trabajo a distancia. Entre esas facultades se incluye la de poder exigir a quienes trabajan el 100% de su jornada a distancia la realización de trabajos presenciales, por razones del servicio, hasta un 20% de su tiempo contractual laboral. Por ello, el contrato individualizado debe expresar con precisión la parte de la jornada que se presta a distancia y su distribución. Doctrina que no es nueva, pues la AN ya había tenido oportunidad de pronunciarse en tal sentido en sentencias de 12 septiembre 2022 (autos 204/2022)^[1] y 10 noviembre 2022 (autos 269/2022)^[2].

Para concluir, la AN se pronuncia sobre el derecho de la plantilla que trabaja a distancia a percibir la compensación económica establecida en el art. 41 del convenio sectorial y al abono de los atrasos por dicha compensación desde abril de 2023. La empresa pretexto que no ha satisfecho esa compensación a su personal que trabaja a distancia porque viene reconociendo los días de libre disposición que contempla el acuerdo al que llegó con el sindicato UGT.

Tras señalar que dicha compensación reviste naturaleza extrasalarial, no compensable ni absorbible por ningún otro concepto, pudiendo percibirse en su integridad o proporcionalmente a la jornada trabajada a distancia pero siempre en términos dinerarios (no de días de descanso), las precedentes SSAN 44/2022, de 22 de marzo^[3] y 144/2022, de 10 de noviembre (cit.), se han pronunciado acerca del carácter legalmente imperativo de la obligación de asunción por parte del empresario de los gastos generados por el trabajo a distancia conforme a lo establecido en el art. 7 b) LTD. En consecuencia, no puede validarse el mecanismo compensatorio de los gastos (en la cuantía estipulada en el convenio colectivo aplicable), que es derecho necesario mínimo de origen legal, con el reconocimiento de días de libre disposición. No existe aquí una condición más beneficiosa, con origen en el acuerdo extraestatutario sobre trabajo flexible, que pueda sobreponerse a lo establecido en el convenio sectorial. Y ello porque:

- el acuerdo alcanzado con UGT, reconoce esos días de libre disposición a quienes trabajan a distancia, pero en ningún caso como contraprestación a los gastos de este modo de trabajar, por lo que no puede aceptarse la cualidad compensatoria que de dichos días se postula;

- pero si así se considerara y tratándose en todo caso de un contrato de adhesión, no podría desvirtuar la obligación legal de obvia compensación económica, no en descansos, de los gastos de trabajar a distancia, ni la obligación convencional que fija el precio de dicha compensación en 17 euros mensuales, máxime cuando en el art. 41 del convenio colectivo se determina con claridad que la compensación por gastos no podrá ser objeto de compensación ni absorción por ningún otro concepto.

X. Apunte final

Como ya se ha indicado, queda claro a la vista de esta doctrina que, a criterio de la AN, la manifestación de voluntariedad por parte de cada trabajador interesado en trabajar a distancia requiere un consentimiento expreso e individualizado, el cual no puede sustituirse por una simple adhesión tácita a unos acuerdos alcanzados con un sindicato minoritario en la empresa con el que logran un producto convencional, que carece de eficacia general y no constituye ni convenio ni acuerdo de empresa. Poder fijar una horquilla de entre el 30 y el 100% de la jornada como trabajo a distancia, dota al empresario de una disponibilidad cuasi arbitraria en relación con esta modalidad contractual que vulnera lo dispuesto en la LTD, que exige precisar contractualmente,

sea en el contrato original o en un pacto singular sobrevenido, los porcentajes y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso. El acuerdo individual sobre teletrabajo (total o parcial) puede descansar o sostenerse en un acuerdo colectivo, pero el pacto individual es insoslayable.

Asimismo, un acuerdo extraestatutario es inhábil para reemplazar la compensación económica de los gastos que derivan de trabajar a distancia mediante el reconocimiento de días de libre disposición, o mediante cualquier otro beneficio, que no revisten ese carácter compensatorio. Llegado el caso, se tendría derecho a devengar ambos beneficios de forma acumulada. Lo que es claro es que la empresa no poder eludir su deber de compensar dichos gastos, previsto en la ley y concretado en la negociación colectiva, so pretexto de que ha venido reconociendo los días de libre disposición previstos en el acuerdo extraestatutario.

Referencias:

1. ^ *ECLI:ES:AN:2022:4145*.
2. ^ *ECLI:ES:AN:2022:5109*
3. ^ *ECLI:ES:AN:2022:1132*

§ 18 Disfrute de permisos en días laborables. Aplicación de la Directiva (UE) 2019/1158 de 20 de junio.

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: Es objeto de comentario la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 25 de enero. La resolución judicial estima parcialmente las demandas acumuladas interpuestas por varios sindicatos y declara la nulidad, con una excepción de la previsión "días naturales", contenida dos apartados del artículo que regula los permisos en el III Convenio Colectivo para el Sector del Contact Center. La sentencia considera que cabe interpretar el precepto convencional de acuerdo a lo dispuesto en la Directiva 2019/1158/de 20 de junio, por lo que los permisos cuestionados deberán disfrutarse en días laborables.

Palabras clave: Permisos. Convenio colectivo. Directiva UE. Sentencia.

Abstract: The judgement handed down by the Social Division of the National High Court on 25 January is the subject of commentary. The court decision partially upholds the joined actions brought by several trade unions and declares the nullity, with one exception, of the "calendar days" provision contained in two sections of the article regulating leave in the 3rd Collective Bargaining Agreement for the Contact Centre Sector. The judgement considers that the collective agreement provision should be interpreted in accordance with the provisions of Directive 2019/1158 of 20 June, so that the leave in question should be taken on working days.

Keywords: Leave. Collective agreement. EU Directive. Judgment.

I. Introducción

La polémica sobre el disfrute de los días de permiso reconocidos legal y convencionalmente, y más concretamente de si debe serlo en días naturales o laborables, no es nueva en absoluto, ya que el TS se pronunció al respecto en sentencias dictadas en 2018. El Interés de la resolución judicial dictada el 25 de enero por la Sala Social de la AN radica en ser la primera que se pronuncia sobre la interpretación de dos preceptos convencionales con aplicación de la Directiva 2011/1158 de 20 de junio, transpuesta, parcialmente, al ordenamiento jurídico interno español por el RDL 5/2023 de 28 de junio. Como podremos comprobar más adelante, se acogen las pretensiones de los sindicatos demandantes, con una única excepción, al entender la AN que la citada Directiva debe ser punto de referencia inexcusable para interpretar las dudas que puedan suscitarse en la normativa, legal y convencional, interna.

De los orígenes del conflicto disponemos de información en las páginas web de algunas de las organizaciones sindicales que interpusieron demandas. Así, en la de CCOO Servicios^[1] se publicaba una nota de prensa titulada “La patronal del contact center CEX, a juicio por los permisos en días laborables”, en la que se explicaba que la nueva redacción de art. 37 de la LET “nos obliga a replantear parte del artículo 30 de nuestro Convenio. Los 3 días de permiso del Artículo del Convenio Colectivo de Contact Center apartado b) han sido ampliados por la “Ley de Familias” a 5 días. En nuestra opinión, esto afecta también al periodo de disfrute...”, concluyendo que la única solución posible para poder hacer efectivo el ejercicio del derecho es que “tal como establece el ET, los días de permiso... sean laborables”.

En la misma línea, en la web de la CGT Telemarketing se informaba el 21 de noviembre, en nota de prensa^[2], que “CGT impugna el artículo 30.1 del convenio que regula los permisos retribuidos”, en la que se exponía que “... que nuestro convenio, en el artículo 30.1 b contempla 3 días naturales que han sido sustituidos por 5 con el real decreto 5/2023 del 28 de junio de 2023, sin especificar que estos deban de ser naturales, por lo que, la legislación vigente y la jurisprudencia indican que deben ser laborables. Lo mismo pasa con el artículo 30.1.d) el cual contempla 2 días naturales en caso de fallecimiento de parientes hasta segundo grado, cuando ahora el Estatuto vuelve a no dejarlo reducido a días naturales, con la que se variaría a laborables”, y por ello se interponía la demanda ante la AN para que se reconocieran estos derechos en tales términos.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 9/2024, de 25 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento:

ECLI:ES:AN:2024:54

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Gil Plana.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El litigio, como ya he apuntado, encuentra su origen en sede judicial con la presentación de varias demandas, en procedimiento de impugnación de convenio colectivo regulado en los arts. 163 a 166 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, siendo el apartado 4 del art. 163 el que establece que “La falta de impugnación directa de un convenio colectivo de los mencionados en el apartado 1 de este artículo no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a Derecho...”.

La primera demanda fue presentada por la USO el 11 de noviembre. Con posterioridad, la CGT presentó la suya el día 17, y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO el día 27. Por último, fue presentada por UGT el 15 de diciembre. Todas ellas fueron sucesivamente acumuladas a la primera, habiéndose celebrado el acto de juicio el 9 de enero, ratificándose las demandantes en el contenido de las demandas y en las pretensiones formuladas, mientras que por la parte empresarial se alegó primeramente la excepción procesal formal de inadecuación de procedimiento, y en cuanto al contenido sustantivo o de fondo del conflicto se rechazó la tesis de las organizaciones sindicales y se defendió la conformidad a derecho de la regulación convencional vigente.

IV. Posición de las partes

Por su indudable interés, reproduzco las tesis de ambas partes tal como se recogen en el antecedente de hecho segundo de la sentencia:

Los demandantes, a cuyas tesis se adhirió el sindicato CIG, sostuvieron que debía declararse "... la nulidad del término "natural" previsto en las letras b) y d) del apartado 1º del artículo 30 del III Convenio Colectivo del Sector del Contact Center, al **considerar que el cómputo de los permisos contemplados en el antecitado precepto en días naturales es contrario a lo establecido en la Directiva 2019/1158, el artículo 37 del ET y la jurisprudencia existente en interpretación de este último.** Señalan que el artículo 37 ET es una norma de derecho necesario relativo que puede ser mejorado, y que tras su reforma por el Real Decreto-Ley 5/2023, el acuerdo de la Comisión Paritaria de 12 de julio de 2023 estableció que se reconocerían los días de permiso previstos en la norma legal, siendo su disfrute de acuerdo a lo previsto en el convenio, que se refiere a días naturales. Si bien la jurisprudencia permite un distinto régimen en cuanto a los días naturales, deberá ser a cambio de mejorar lo regulado legalmente, lo que aquí no se produce. Además, inciden los demandantes que la Directiva 2019/1158 prevé expresamente que sean días laborables" (la negrita es mía).

La parte demandada alegó con carácter previo, como ya he indicado, la excepción de inadecuación de procedimiento, "al entender que estamos ante un conflicto que no se sustenta en un interés real y actual, no exponiéndose ni acreditándose en las demandas la existencia de vulneración de la legalidad en los preceptos citados en las demandas, ni que se haya producido una vulneración de lo previsto en el artículo 37 del E", y en cuanto al contenido sustantivo o de fondo del conflicto, manifestó que "... por un lado, ... el artículo 37 del ET no determina la naturaleza de los días, si son hábiles o naturales, y que podrá establecerse en días naturales en el convenio si éste supone una mejora de lo previsto en el antecitado precepto legal", y por otro que el convenio colectivo impugnado "se firmó y publicó en marzo de 2023, siendo conocedoras las partes de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de permisos establecida desde la STS de 13 de febrero de 2018, que consagra que los permisos se deben referir a días de trabajo efectivo, días hábiles, siempre que el convenio colectivo contemple que son días hábiles y sin perjuicio de lo establecido como mejora en el convenio; indicando que el convenio vigente habla claramente de días naturales".

Es importante añadir que el Ministerio Fiscal rechazó la tesis procesal de la demanda de la inadecuación del procedimiento seguido, ya que, a su parecer, con el que coincido plenamente, existía "... un conflicto de intereses jurídico real y actual, concretado en la impugnación de un precepto del convenio por contravenir la legalidad estatutaria". En cuanto a las pretensiones de las demandantes, consideró que debían ser estimadas por ser la normativa convencional contraria a la regulación sobre permisos de la LET, ya que el carácter de días hábiles y laborables, y no naturales, de los permisos, "está asentado como criterio jurisprudencial".

V. Hechos probados

Pasa a continuación la sentencia, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 95.2 de la LRJS, a recoger los hechos declarados probados, que versan sobre la publicación del III convenio colectivo del sector en el BOE de 9 de junio de 2023, la legitimación activa de las organizaciones sindicales demandantes para impugnar este, la concreta redacción del artículo 30, b) y d), impugnado, y el acuerdo de la Comisión Paritaria de 12 de julio sobre interpretación del apartado b), habiendo acordado esta que "... "a los efectos de los establecidos en el art. 30 b., se aplicarán los días de permiso establecidos por el ET vigente siendo el modo de disfrute el pactado convencionalmente", y explicando la Sala que dicho acuerdo "viene a dar solución a las consultas realizadas en torno a la aplicación del antecitado precepto del III Convenio colectivo planteadas por los sindicatos CCOO, CGT y CSIF mediante escritos de fechas 29 de junio, 4 y 7 de julio, respectivamente".

VI. Normativa aplicable al caso

Antes de seguir con mi exposición y entrar en el examen y análisis de la fundamentación jurídica de la sentencia que llevará la estimación casi íntegra de las demandas acumuladas, es necesario conocer el contenido de los preceptos convencionales impugnados.

“Artículo 30. Permisos retribuidos.

1. El personal, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a retribución, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:

... b) Tres días naturales en caso de accidente, enfermedad grave sin hospitalización u hospitalización, o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de pariente hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, que serán disfrutados de forma continuada dentro de los diez días naturales, contados a partir del primer día laborable para la persona trabajadora en que se produzca el hecho causante, inclusive.

... d) Dos días naturales en caso de fallecimiento, de pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; contados a partir del primer día laborable para la persona trabajadora en que se produzca el hecho causante.

... e) En los supuestos contemplados en los anteriores apartados b)... , cuando se necesite hacer un desplazamiento de 200 kilómetros o superior, los permisos aumentarán un día más de lo señalado en cada caso. En el apartado d) cuando se tenga que realizar un desplazamiento de 200 kilómetros o superior el permiso será de cuatro días”.

VII. Doctrina básica

1. Debe la Sala responder primeramente a la excepción procesal formal alegada por la parte demandada de inadecuación de procedimiento. Tras recordar brevemente también la pretensión de las demandantes, y en plena sintonía con el parecer del Ministerio Fiscal, la excepción procesal es rechazada de plano, ya que, siendo la pretensión la que se declare “la nulidad de dos apartados de un precepto convencional -relativo a dos permisos-, articulándose la misma en la vulneración de la legalidad ordinaria -concretamente lo previsto en el artículo 37 ET-, **no puede llegar a otra conclusión de que la pretensión contenida en las demandas acumuladas encaja en la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos al cuestionarse el ajuste al Estatuto de los Trabajadores de una previsión contenida en un convenio colectivo estatutario**” (la negrita es mía).

2. Es sin duda alguna el fundamento de derecho cuarto, en el que la Sala argumenta su parecer sobre el fondo del litigio, con el que coincido en gran medida y que sólo me suscita una duda que expondré más adelante, la parte de la sentencia que debe merecer más atenta lectura, y considero que la AN ha analizado con rigurosidad el encaje de la normativa legal y convencional interna con la comunitaria, por una parte, la jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo, consolidada desde 2018, de la consideración del disfrute de los permisos como regla general en días hábiles y laborables, por otra, y la posibilidad de mantener el disfrute en días naturales sólo y únicamente cuando la norma convencional mejora lo dispuesto en la normativa legal.

Dado que buena parte del debate versa sobre la aplicación de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, es conveniente referirse primeramente a la misma.

En el apartado 27 de su introducción, se recoge que “Con el fin de ofrecer más oportunidades de permanecer en el mercado de trabajo a los hombres y las mujeres

con responsabilidades en el cuidado de familiares, cada trabajador debe tener derecho a disfrutar de un **permiso para cuidadores de cinco días laborables al año**. Los Estados miembros pueden decidir que dicho permiso pueda tomarse en períodos de uno o varios días laborables por caso...” (la negrita es mía)

En el texto artículo hemos de hacer mención al art. 3 (definiciones), que dispone que

“1. A efectos de la presente Directiva, se aplicarán las definiciones siguientes...”

d) «cuidador»: trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro”

Y también al art. 6, que aborda el permiso para cuidadores:

“1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga derecho a disfrutar de un permiso para cuidadores de cinco días laborables al año por trabajador. Los Estados miembros podrán fijar los detalles adicionales relativos al ámbito de aplicación del permiso para cuidadores y a sus condiciones de conformidad con la legislación o los usos nacionales. El ejercicio de este derecho podrá estar supeditado a su adecuada justificación con arreglo a la legislación o usos nacionales”.

Asimismo, es necesario acudir al Real Decreto-Ley 5/2023 de 28 de junio, que traspone, parcialmente, la citada Directiva, en materia de “conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores”. En su Exposición de Motivos conocemos que **“Se modifica el artículo 37.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores... en su letra b), a efectos de transponer al ordenamiento español el permiso de cuidadores previsto en el artículo 6 de la Directiva (UE) 2019/1158**, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019. Así, se amplía el número de días y también el ámbito subjetivo de este permiso... Se introduce, por su parte, una nueva letra b bis) para separar del anterior el permiso por fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, cuya causa es diversa, lo que aconseja esta nueva distribución sistemática...” (la negrita es mía)

Ello se concreta en el art. 137 (modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre):

“Tres. Se modifica el párrafo introductorio, y las letras ... b) y se añade una nueva letra b bis) en el apartado 3 del artículo 37... que quedan redactados como sigue:

«3. La persona trabajadora, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:

b) Cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja a de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella.

b bis) Dos días por el fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo la persona trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo se ampliará en dos días”.

3. Tras recordar cuáles fueron las tesis defendidas por las partes demandantes y demandada, y repasar la normativa convencional, comunitaria y legal interna aplicable,

la Sala centra la cuestión a resolver con respecto al apartado b) del art. 30 del convenio tras la modificación operada en el art. 37.3 b) de la LET por el RDL 5/2023, subrayando, con acierto a mi parecer, que “El problema que se plantea en la impugnación de este primer permiso no se circunscribe al posible ajuste de la previsión convencional a la reiterada jurisprudencia que ha interpretado el artículo 37.3 del ET, sino a la contravención del precepto legal a tenor de lo dispuesto en la Directiva 2019/1158. **No estamos ante una controversia que exija a esta Sala dilucidar si el precepto es ajustado a nuestra jurisprudencia, sino si resulta ajustado a la antecitada norma comunitaria, debiendo anticiparse que no lo está**” (la negrita es mía).

¿Son días naturales o hábiles y laborables aquellos a los que tienen derecho los trabajadores y trabajadoras para el disfrute del citado permiso? Ya sabemos la respuesta, favorable al carácter hábil y laborable, y ahora interesa conocer la que a mi entender es una buena y bien argumentada fundamentación de la Sala.

En primer lugar, es claro, por la dicción literal del art. 37.3 b) LET que no se especifica si los días deben considerarse “naturales” o bien “hábiles y laborables”. Pues bien, aquí es donde entra en juego la Directiva 2001/1158, transpuesta, en aquello que ahora estoy analizando, al ordenamiento interno tal como se indica expresamente en la disposición final octava del RDL 5/2023, Tras referirse a dicha transposición, y con expresa mención del carácter de días laborables que el art. 6 atribuye a los de permiso para cuidadores, concluye que esta es la obligación que asumen los Estados miembros en cuanto a garantizar el ejercicio del derecho. Por lo que la inexistencia de referencia concreta a si son naturales o hábiles y laborables en el art. 37.3 b) debe resolverse a favor de la segunda por aplicación de la norma comunitaria, subrayando la Sala que tal obligación, que es “clara y concreta”, debe ser observada “por la legislación laboral y la normativa convencional de cada Estado miembro”. Recordemos a este respecto que el art. 16 de la Directiva, regulador del nivel de protección, establece que “1. Los Estados miembros podrán introducir o mantener disposiciones que sean más favorables para los trabajadores que las establecidas en la presente Directiva. 2. La aplicación de la presente Directiva no constituirá una causa que justifique la reducción del nivel general de protección de los trabajadores en los ámbitos de aplicación de la presente Directiva...”.

Ha de dar respuesta la Sala a la tesis de la parte demandada de la existencia de una mejora convencional que fija el apartado d) con respecto al permiso contemplado en el apartado b), en cuanto se aumenta un día más el permiso cuando se requiera efectuar un desplazamiento de 200 kilómetros o superior, y que por consiguiente, con esta mejora quedaría amparada “la configuración como naturales de los días de este permiso cuestionado”.

¿Estamos en presencia de una mejora? Sí... pero sólo para aquellos supuestos en los que se requiera ese desplazamiento, por lo que no es de aplicación a todos los restantes supuestos que se den, siendo así, además, y lo reitera la Sala con acierto, que el debate sobre cómo deben entenderse los días de permiso previstos en el apartado b) deriva de la toma en consideración de la Directiva 2019/11458 y su transposición al ordenamiento interno por el RDL 5/2023. No existe aquí, a diferencia de lo que ocurre con el permiso por fallecimiento regulado en el apartado d) y al que me referiré a continuación, un debate sobre la correcta aplicación de la jurisprudencia del TS respecto a si el precepto convencional mejora o no el marco legal, “sino a si el precepto convencional se ajusta o no a la legalidad configurada por el artículo 37.3 b) del ET puesto en relación con el artículo 6 de la Directiva 2019/1158”.

4. Cuestión distinta, en efecto, es cómo deba abordarse la resolución del conflicto suscitado sobre el permiso por fallecimiento, que no es en absoluto nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, ya que aquello que ha realizado el RDL 5/2023 ha sido separarlo del permiso por cuidado de familiar, recordando la Sala, tal como he recogido con anterioridad, que la separación responde a que ambos permisos tienen su razón de ser por “causas diferenciadas que aconsejan esta nueva distribución sistemática”.

Dicho de otra forma, no estamos ante el debate de la transposición de la Directiva 2019/1158, por lo que la resolución del conflicto suscitado sobre la contravención de la norma legal por la convencional ha de resolverse conforme a la jurisprudencia del TS sobre cómo deben calificarse los días de permiso reconocidos en el art. 37.3 de la LET.

A tal efecto, la Sala repasa sintéticamente dicha jurisprudencia. Si esta es clara en cuanto que la norma convencional debe establecer una mejora del régimen legal para que los días de permiso pueden ser considerados naturales, es igualmente claro que este supuesto no se da en el art. 37 d) del convenio, ya que el número de días de permiso es idéntico al del art. 37.3 bis de la LET, y esta es la acertada conclusión a mi parecer a la que llega la Sala, a salvo de una muy concreta matización que va a exponer a continuación por cuanto sí se trata a su parecer de una mejora convencional que permite la consideración como naturales de los días de permiso, y me estoy refiriendo al antes ya citado apartado e), que amplía el período de desplazamiento, en caso de fallecimiento de familiar, hasta cuatro días, siempre que la distancia a recorrer sea 200 kms. o superior.

Para la Sala, existe una mejora convencional, ya que el apartado e) del art. 30 amplía el permiso a cuatro días, en lugar de dos, cuando debe realizarse un desplazamiento que se ajuste al kilometraje indicado en tal precepto, y por ello la ilegalidad del apartado b) debe quedar reducida a los supuesto en que no se cumpla el requisito de tal desplazamiento, mientras que si este es necesario "no cabe apreciar la ilegalidad de la previsión convencional, debiendo disfrutarse el permiso en este concreto supuesto en días naturales".

VIII. Parte dispositiva

Por todo lo anteriormente expuesto, la AN estima parcialmente las demandas acumuladas interpuestas por los sindicatos USO, CGT, CCOO y UGT contra la ACEX y declara la nulidad de la previsión "días naturales", contenida en las letras b) y d) del apartado 1º del art. 30 del III Convenio Colectivo para el Sector del Contact Center, salvo para el supuesto del permiso contemplado en el apartado d) del artículo 30.1 del III Convenio Colectivo del Sector del Contact Center si exige un desplazamiento igual o superior a 200 kilómetros.

IX. Apunte final

Concluyo el comentario reiterando la importancia de esta sentencia, ya que es la primera ocasión en que hay, al menos hasta donde mi conocimiento alcanza, una sentencia sobre la aplicación de la Directiva 2019/1158 en materia de permisos tras su trasposición al ordenamiento interno, y que va en la línea de fortalecer la protección del derecho por cuidado de familiares.

Referencias:

1. ^ <https://www.ccoo-servicios.es/html/59442.html> (consulta: 28 de enero)
2. ^ <https://cgt-telemarketing.es/cgt-impugna-el-articulo-30-1-del-convenio-que-regula-los-permisos-retribuidos/> (consulta: 28 de enero)

§ 19 Los permisos familiares por fuerza mayor deben ser retribuidos.

Ángel Arias Domínguez

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

Resumen: El nuevo permiso laboral por motivos familiares urgentes del art. 37.9 ET (introducido por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio) debe considerarse retribuido, sin que el convenio colectivo puede modificar dicho carácter. La interpretación gramatical de los términos del precepto, así como la hermenéutica sistemática, histórica y sociológica, así lo deducen, además de ser el camino marcado por la normativa comunitaria en la materia.

Palabras clave: Permiso familiar por fuerza mayor. Carácter remunerador de los permisos laborales.

Abstract: The new work permit for urgent family reasons of art. 37.9 ET (introduced by Royal Decree-Law 5/2023, of June 28) must be considered paid, without the collective agreement being able to modify this nature. The grammatical interpretation of the terms of the precept, as well as systematic, historical and sociological hermeneutics, deduce this, in addition to being the path marked by the community regulations on the matter.

Keywords: Family leave due to force majeure. Remunerative nature of work permits.

I. Introducción

En los últimos años, los permisos laborales retribuidos de las personas trabajadoras se han visto sometidos, después de años de estabilidad legislativa e interpretativa, a modificaciones en dos direcciones. Incorporando, en primer lugar, nuevos derechos (aunque algunos -v.gr. el de constitución de pareja de hecho- recepcionaban lo que era común en la negociación colectiva). Y consolidando, en segundo lugar, una hermenéutica que aseguraba su disfrute siempre en tiempo de trabajo.

Estas dos características tiene el permiso familiar por motivos urgentes. Constituye una novedad legislativa, y únicamente puede ser utilizado en tiempo de trabajo, básicamente porque si el evento familiar urgente acaece en tiempo de descanso ninguna incidencia provoca en el desarrollo de la actividad productiva. Estamos en presencia, en definitiva, de una autorización ex lege para abandonar el puesto de trabajo cuando sucede una circunstancia familiar que requiere la presencia de la persona trabajadora.

La lectura de su texto no parece abrigar duda alguna interpretativa seria. Es claro en la determinación de su objeto (aunque algo confuso en la forma de expresarlo), precisa con definición que se trataba de un permiso laboral de carácter remunerado, y concreta las exigencias formales para su disfrute y justificación.

Aun así, en el pleito que se resuelve por la sentencia objeto de comentario el empleador entiende que el carácter remunerado del permiso requiere una concreción convencional. Aprecia que lo que el precepto pretende es reenviar a la negociación colectiva la determinación de algunos aspectos del uso y disfrute del permiso, entre ellos el su carácter remunerado.

Lo que la resolución pretende dilucidar, en definitiva, es si las previsiones estatutarias son franqueables para la negociación colectiva, o si, por el contrario, marcan un mínimo de derecho necesario indisponible para el convenio, y, desde este plano general, descender al concreto problema jurídico discutido: determinar si el carácter remunerable de las horas de permiso por motivos familiares urgentes es disponible para el negociador colectivo.

Aunque la cuestión debatida no es especialmente conflictiva, ni siquiera enjundiosa, se trae para comentar en la RJL porque construye el argumentario decisorio de manera muy articulada, apoyándose para ello, y esto es lo que se quiere destacar, en los diferentes niveles de interpretación de las normas, evacuando una resolución, quizá más ejemplar que docta, que puede tenerse presente para recordar la correcta hermenéutica de las normas laborales.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Audiencia Nacional. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 19/2024, de 13 de febrero.

Tipo y número recurso o procedimiento: conflicto colectivo núm. 315/2023.

ECLI:AN:2024:497.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gallo Llanos.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La controversia jurídica concreta radica en apreciar si el vigente art. 37.9 ET genera en favor del trabajador que disfrute de las horas previstas en el mismo un derecho a que tales horas sean consideradas retribuidas, y más concretamente, si dicha consideración se lo otorga la propia norma, o si, por el contrario el derecho a su retribución únicamente se admite cuando expresamente así se considere en el Convenio colectivo o en acuerdo de empresa que sea de aplicación, de forma que, ante la ausencia de pacto al respecto en el instrumento convencional, no puede exigirse retribución alguna.

IV. Posición de las partes

Lo peculiar del asunto es que la empresa tras la entrada en vigor del RD-L 5/2023, consideró que las horas de ausencia reguladas en este art. 37.9 ET debían ser retribuidas.

Sin embargo, más tarde, en noviembre de ese año, envió un correo (se supone que electrónico) a las secciones sindicales en el que dejaba muy claro que *“aunque en un primer momento, con carácter conservador, mantuvimos el carácter retribuido del mismo, una nueva revisión de dicho precepto en profundidad, unido al estudio de la reciente doctrina administrativa sobre el asunto, nos lleva concluir que dicho permiso tiene carácter no retribuido, salvo que el convenio colectivo, o en su defecto, acuerdo con la empresa, indique lo contrario”*

Desde la contraparte sindical se contestó intimando “...el inicio de un proceso negociador para llegar a un acuerdo, tal y como se recoge el estatuto de los trabajadores art. 37.9”.

Tras el fracaso del intento de mediación se intimó judicialmente el conflicto colectivo, en el que los sindicatos actuantes pretendían que se declarase el carácter retribuido “de las denominadas horas de ausencia reguladas en el apartado nueve del Art. 37 del ET”.

V. Normativa aplicable al caso

Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo

Considerando 28: “Además del derecho al permiso para cuidadores establecido en la presente Directiva, todos los trabajadores deben conservar su derecho a ausentarse del trabajo, sin menoscabo de sus derechos laborales adquiridos o en proceso de adquisición, por causa de fuerza mayor por motivos familiares urgentes o inesperados, que en la actualidad se regula en la Directiva 2010/18/UE, en las condiciones establecidas por los Estados miembros”.

Considerando 32: “Aunque los Estados miembros pueden decidir libremente si conceden una remuneración o una prestación económica en el permiso para cuidadores, se les anima a que introduzcan dicha remuneración o prestación, a fin de garantizar que los cuidadores ejerzan realmente este derecho, en particular los hombres”.

Art. 7: “Ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor, por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador. Los Estados miembros podrán limitar el derecho de cada trabajador a ausentarse del trabajo, por causa de fuerza mayor, a un tiempo determinado por año, por caso, o por año y por caso”.

Estatuto de los Trabajadores: Art. 37.9: “La persona trabajadora tendrá derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata.

Las personas trabajadoras tendrán derecho a que sean retribuidas las horas de ausencia por las causas previstas en el presente apartado equivalentes a cuatro días al año, conforme a lo establecido en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras aportando las personas trabajadoras, en su caso, acreditación del motivo de ausencia”.

VI. Doctrina básica

Se considera de carácter retribuido el permiso familiar por motivos urgentes previsto en el art. 37.9 ET, lo que comporta que las horas de ausencia por fuerza mayor (de hasta cuatro días al año) deben ser abonadas.

VII. Parte dispositiva

Se desestiman las excepciones de inadecuación de procedimiento y falta de agotamiento de la vía previa y se estiman las demandas declarando el carácter retribuido de las ausencias por fuerza mayor de hasta 4 días al año reguladas en el art. 37.9 ET, reconociéndose, por tanto, el derecho de las personas trabajadoras a la retribución de las horas de ausencia por razones de fuerza mayor, de hasta 4 días al año, que hayan podido disfrutar.

VIII. Pasajes decisivos

"Interpretación literal o gramatical.../...Aun cuando se pueda objetar que la redacción del párrafo 2º del precepto resulta mejorable, consideramos que es claro que el primer inciso del mismo reconoce un derecho a que la persona que se ausente del trabajo por las causas previstas en el párrafo 1º del mismo mantenga su derecho a la retribución, y que la remisión que se efectúa al Convenio colectivo o al Acuerdo de empresa, únicamente es para determinar la forma de acreditación del motivo de la ausencia, sin perjuicio de que por aplicación de los principios de norma mínima y norma más favorable, mediante dichos pactos colectivos puedan reconocerse bien derechos adicionales, bien mejorar los términos del derecho que reconoce la ley.

Para reforzar este argumento hemos de señalar que el legislador cuando quiere supeditar un derecho su eventual reconocimiento en un Convenio colectivo o en un acuerdo de empresa no efectúa el reconocimiento del derecho en términos tan absolutos como lo hace en este precepto. Así si acudimos al art. 34.4 ET ("Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este periodo de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo."), vemos que establece una forma clara de supeditación del derecho (en este caso a la consideración de la pausa como trabajo efectivo), a lo que se pacte de forma colectiva. Ello en nuestro caso implicaría la utilización de una fórmula similar a la siguiente: "Las personas trabajadoras tendrán derecho a que sean retribuidas las horas de ausencia por las causas previstas en el presente apartado equivalentes a cuatro días al año cuando así se haya pactado en Convenio colectivo o en acuerdo de empresa", términos estos que no aparecen en la redacción del art. 37.9 ET.

Se puede objetar a esta interpretación que el precepto - lo que sucede además con el resto de los permisos retribuidos del art. 37.3 E.T no especifica cual debe ser la retribución de las denominadas horas por fuerza mayor-, y por ello no puede exigirse retribución alguna en cuanto que no se concrete en acuerdo colectivo-como razonó interpretando esta Sala los arts. 7 y 11 de la Ley 10/2021 de trabajo a distancia- pero ello como veremos a continuación resulta innecesario pues el propio ordenamiento jurídico nos da las pautas concretas y específicas para fijar la misma".

"Interpretación sistemática. Para efectuar una interpretación sistemática del precepto, hemos de tener en cuenta, que con anterioridad a la introducción del precepto, las interrupciones de la prestación laboral por causas de fuerza mayor de carácter emporal estaban reguladas en los arts. 45.1 l) y 47. 5 y 6, como causas de suspensión del contrato de trabajo en las que el empleador estaba exonerado de retribuir, conforme al art. 45.2 E. T, encontrándose mientras tanto el trabajador en situación legal de desempleo para el trabajador (art. 267. 1 b), 2º de la LGSS) susceptible de generar una prestación o un subsidio por esta causa.

Sin embargo, el legislador al introducir en nuestra legislación el referido precepto, que no viene a sino a regular un derecho a la interrupción de la prestación, cuando se genera una situación de fuerza mayor en la esfera familiar o de convivencia de la persona trabajadora, no la desarrolla en el art. 47- como se hizo con la fuerza mayor impropia derivada de lo que tradicionalmente venía denominándose "factum princeps" -"limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública"-, sino que lo regula en el art. 37 del E.T rubricado como "Descanso semanal, fiestas y permisos.", precepto este que regula interrupciones en la prestación de servicios que en principio son retribuidas, debiendo significarse que en este artículo cuando la ausencia acarrea la pérdida consiguiente del salario (apartados 4 a 7 del art. 37), así se expresa en el precepto.

Por lo tanto, no puede aceptarse la tesis defendida por la empresa según la cual el hecho de que este permiso de horas por fuerza mayor no esté regulado en el art. 37.3 E.T, implica que la ley no reconozca que la ausencia deba ser retribuida".

“Interpretación histórica y finalista. Tanto la Exposición de motivos del RD Ley 5/2023, como los trabajos que precedieron el mismo en lo que hoy toca -el anteproyecto y el proyecto de la Ley de Familias que no llegaron a tramitarse definitivamente al concluir la anterior legislatura- justifican la introducción del apartado 9 del art. 37 en la necesidad de trasposición de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.../...La Directiva no impone que la ausencia del trabajo por fuerza mayor sea retribuida, sino que deja a la opción del legislador nacional que sea retribuida o no, sin embargo, efectúa una recomendación a los distintos estados a que sea de carácter retribuido.

Partiendo de lo anterior, la lectura de los referidos trabajos previos a los que se ha hecho referencia (Anteproyecto y proyecto de ley de familias) a la hora de configurar este permiso recalcan su carácter retribuido sin más sin supeditarlo a pacto alguno.

Y la propia Exposición de Motivos de la norma expresa a la hora de referirse al art. 37.9 ET recoge el guante lanzado en el considerando 32 de la Directiva opta porque el permiso sea retribuido en todo caso: “Se introduce un nuevo apartado 9 al citado artículo 37, en el que se transpone el artículo 7 de la Directiva 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que da respuesta a aquellas situaciones, distintas de las de los permisos de cuidadores y parentales, que permiten a las personas trabajadoras ausentarse por razones justificadas de urgencia familiar y que requieren la presencia inmediata de aquéllas. Tal y como se recoge en el considerando 28 de la Directiva, se refiere a «motivos familiares urgentes o inesperados», esto es, a la necesidad de atender sucesos esporádicos, previéndose como retribuidas las horas equivalentes a cuatro días al año, sin perjuicio de lo que al respecto pudieran establecer los convenios colectivos.”

En consonancia con lo anterior la Nota Informativa que emitió la Vicepresidencia 2ª del Gobierno y el Ministerio de Trabajo Economía social de la que se da cuenta en el hecho probado cuarto de esta resolución recalca que la intención del Gobierno es que los 4 días de horas de ausencia por fuerza mayor familiar sean retribuidos”.

“Interpretación sociológica. La realidad social sobre la que se plasma esta norma ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia, por todas la ya citada STS 9-12-2019, y no es otra que los permisos vinculados a cuidados de familiares y convivientes son ejercitados mayoritariamente por mujeres. Esta misma descripción de la realidad social es la que se deduce de los considerandos de la Directiva 2019/1158 que pretende transformar la misma favoreciendo mecanismos que faciliten la corresponsabilidad en la asunción de los deberes familiares.

Partiendo de lo anterior, cualquier duda interpretativa que pueda surgir debe resolverse efectuando un enjuiciamiento con perspectiva de género, teniendo el carácter informador del Ordenamiento Jurídico del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres conforme proclama el art. 4 de la LO3/2.007, de forma que dicha igualdad sea verdaderamente efectiva.

Pues bien, la interpretación que postula la empresa según la cual la retribución de las meritadas horas de fuerza mayor se supedita al pacto colectivo expreso, resulta contrario al referido principio de igualdad real, pues no hace sino perpetuar la denominada “brecha laboral de género”, ya que implica que el colectivo que tradicionalmente asume los cuidados vea mermada su retribución por esta causa, a la par, que supone un desincentivo para que los hombres asuman el deber de corresponsabilidad en las cargas familiares”.

IX. Comentario

Desechadas las excepciones procesales de inadecuación de procedimiento por entender que no se está en presencia de un conflicto real y actual, y de falta de agotamiento de la vía previa por no haber acudido a la Comisión Paritaria Sectorial, la resolución aborda la resolución del tema discutido desde el repaso a los criterios interpretativos que el Código Civil impone para la hermenéutica de las normas. Es

decir, repasando los criterios, gramatical, sistemático, finalista y sociológico, esto es, interpretando el texto legal vigente en el sentido propio de sus palabras, en relación con los demás preceptos del mismo texto legal que regulan derechos similares, atendiendo a los antecedentes legislativos y al propósito de la norma, y ubicando el resultado exegético en relación con el contexto socio laboral en que ha de ser aplicado.

La interpretación que se produce es armoniosa, equilibrada, escalonadamente discursiva, fácilmente comprensible y muy útil y operativa. De todo su proceder, es especialmente interesante subrayar dos elementos.

En primer lugar, la conexión que efectúa con la reglamentación comunitaria para deducir de ella el sentido y finalidad de la norma patria discutida, apreciando que aunque ésta no se posiciona categóricamente a favor de la consideración remunerada del permiso discutido, sí entiende preferible que los ordenamientos de la Unión así lo regulen. Y lo hace, además, acudiendo a la propia exposición de motivos de la Directiva 2019/1158, a sus “considerandos”, con lo que se refuerza el valor de los textos introductorios de las normas.

Y, en segundo lugar, el acudimiento que realiza a la exposición de motivos de la norma que innova el ordenamiento para introducir el derecho ahora discutido, lo que da pie a repasar el valor normativo de los preámbulos o exposiciones de motivos de los textos legales.

La STC 36/1981, de 12 de noviembre afirma, tan categórica como solemnemente, que aunque “*el Preámbulo no tiene valor normativo*” son “*un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las leyes*” (STC 150/1990, de 4 de octubre).

Es decir, que “*en la búsqueda de las razones que puedan abonar la legitimidad constitucional de las disposiciones legales adoptadas [argumento perfectamente exportable al de averiguación de su sentido propio] resulta necesario acudir tanto a la propia exposición de motivos de la norma impugnada como a su tramitación parlamentaria, a efectos de concretar la verdadera voluntad del legislador*” (STC 90/2009, de 20 de abril).

En definitiva, que los preámbulos y exposiciones de motivos “*constituyen un elemento importante de interpretación para desentrañar el alcance y sentido de las normas*” (STC 15/2000, de 20 de enero), y aunque carecen propiamente de valor normativo (173/1998, de 23 de julio) acompañan al texto legal para la búsqueda de la voluntad del legislador (STC 222/2006, de 6 de julio).

El mismo papel juegan los debates parlamentarios de las normas, que se erigen en un elemento de la técnica hermenéutica “*para desentrañar el alcance y sentido de las normas*” (STC 108/1986, de 29 de julio).

La interpretación finalista de las normas, la que conecta su operatividad práctica con el propósito que pretendía el legislador al dictarla, tiene un buen elemento auxiliar en las exposiciones de motivos (STC 83/2005, de 7 de abril).

Y en este caso no es dudoso cuál era el sentido de la exposición de motivos del RD-Ley 5/2023 cuando afirma que “*Se introduce un nuevo apartado 9 al citado artículo 37, en el que se transpone el artículo 7 de la Directiva 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que da respuesta a aquellas situaciones, distintas de las de los permisos de cuidadores y parentales, que permiten a las personas trabajadoras ausentarse por razones justificadas de urgencia familiar y que requieren la presencia inmediata de aquéllas. Tal y como se recoge en el considerando 28 de la Directiva, se refiere a «motivos familiares urgentes o inesperados», esto es, a la necesidad de atender sucesos esporádicos, previéndose como retribuidas las horas equivalentes a cuatro días al año, sin perjuicio de lo que al respecto pudieran establecer los convenios colectivos.*”

Un apunte último. Aunque el asunto debatido se circunscribe a determinar cómo debe interpretarse la remuneración del permiso cuando no existe convenio colectivo aplicable, ni acuerdo sustitutivo de la negociación colectiva, no parece que la existencia de dichos acuerdos pudiera conducir la interpretación hacia otros caminos. El carácter remunerable del permiso no se deduce de la no existencia de norma convencional aplicable, sino del propio texto de la norma legal, que marca un límite de derecho necesario infranqueable para la negociación colectiva.

X. Apunte final

La interpretación del permiso debatido se completa con la también reciente SAN-SOC 9/2024, de 25 de enero (Ponente: Juan Gil Plana) que aborda, con carácter general, la posibilidad convencional de determinar cuándo deben disfrutarse los permisos del art. 37 ET, si en días 'naturales' o de trabajo. La resolución declara, siguiendo la línea marcada por el TS, la nulidad de los preceptos del convenio que pretenden circunscribir el disfrute de los permisos laborales a los días naturales, y esta debe ser, naturalmente, la interpretación que se deduzca para este permiso familiar de fuerza mayor por motivos familiares.

§ 20 Enfermedades del trabajo en la era digital: ¿están las leyes ajustadas a las nuevas realidades? Los trastornos psiquiátricos de un moderador de contenidos de Internet.

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Galicia).

Resumen: *Un trabajador de una empresa dedicada a la moderación de contenidos de Internet fue destinado a la sección "high priority", donde los contenidos a examinar de manera completa eran relativos a terrorismo, suicidios, automutilaciones, decapitaciones de civiles asesinados por grupos terroristas y torturas. El trabajador inició una incapacidad temporal, calificada en principio como contingencia común. Reclamó para el reconocimiento de contingencia profesional, que se le reconoció en vía administrativa. La empresa recurrió en vía judicial y el Juzgado de lo Social ratificó que era contingencia profesional.*

Palabras clave: *Enfermedades del trabajo. Trabajos relacionados con la digitalización.*

Abstract: *A worker from a company dedicated to Internet content moderation was assigned to the "high priority" section, where the content to be fully examined was related to terrorism, suicides, self-mutilations, beheadings of civilians murdered by terrorist groups and tortures. The worker began a temporary disability, classified in principle as a common contingency. He claimed recognition of a professional contingency, which was recognized administratively. The company appealed to the courts and the Labor Court confirmed that it was a professional contingency.*

Keywords: *Occupational diseases. Jobs related to digitalization.*

I. Introducción

Odres viejos llenados con vino nuevo. Con esta idea positiva se podría resumir la reflexión inicial que nos causa la lectura de la sentencia comentada pues el juez aplica con acierto y solvencia el tradicional concepto de enfermedad asimilada a accidente de trabajo, o enfermedad del trabajo, del artículo 156.2.e) de la LGSS, a un trabajo, hace apenas unas décadas inexistente, consistente en la moderación de contenidos duros de Internet.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Juzgado de lo Social núm. 28 de Barcelona.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 13/2024, 12 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: Seguridad Social, 616/2022.

ECLI:ES:JSO:2024:1

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Fuertes Bertolín.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. ¿En qué consiste el trabajo de moderación de contenidos de internet?

Leandro, nacido en 1997, trabajó, desde el 24/09/2008, como moderador de contenidos de Internet de la empresa CCC Barcelona Digital Services. Tal actividad consiste en clasificar los contenidos para que, de ser contenidos “duros”, no lleguen a Internet. Fue destinado a la sección “high priority”, donde los contenidos a examinar eran relativos a terrorismo, suicidios, automutilaciones, decapitaciones de civiles asesinados por grupos terroristas y torturas. Cada escena la tenía que ver el actor varias veces, de manera completa, para asegurarse bien de aplicar la política adecuada a cada contenido gráfico.

En la web de la empresa, se indica que los trabajadores son héroes no reconocidos de Internet, por su labor de limpiar las comunidades de contenido inadecuado, y que, como consecuencia de ese trabajo, se necesita priorizar su bienestar, a través de dar apoyo a la salud mental, poner a disposición la tecnología e implementar la moderación de contenido con inteligencia artificial, aunque esta aún no sustituye a la humana para estos cometidos.

La Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo (OSHA) ha publicado el 08/03/2022 el documento “Occupational safety and health risks of online content review work provided through digital labour platforms”. Este documento, según se afirma en la declaración de hechos probados de la sentencia comentada, indica que “los moderadores de contenido están expuestos a violencia, crimen, abuso y contenido ilegal cuando trabajan, como fuente de estrés que puede causar daños psicológicos y trastorno de estrés postraumático” (documento accesible en la página de la OSHA: <https://osha.europa.eu/>).

2. La incapacidad temporal y la determinación de contingencia

Desde el 10/05/2019 hasta el 10/02/2021, el trabajador tuvo un proceso de incapacidad temporal inicialmente calificado derivado de contingencias comunes, con ataques de pánico, conductas de evitación, aislamiento en el domicilio y rumiaciones hipocondríformes, sensación de disfagia, despertares nocturnos e importante tanatofobia.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, teniendo en cuenta un informe de una técnica de prevención de riesgos laborales, propuso una sanción por falta grave del artículo 12.1.b) de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, entendió que la contingencia era profesional y, para el caso de que se considerare que la contingencia del periodo de incapacidad temporal del trabajador era profesional, un recargo de prestaciones.

El trabajador cesó en la empresa el 04/11/2020. Unos meses antes, el 05/08/2020, el trabajador interpuso solicitud de determinación de contingencia ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Tras los trámites oportunos, el INSS resolvió declarar que el proceso de incapacidad temporal iniciado el día 10/05/2019 derivaba de accidente de trabajo.

IV. Posición de las partes

Ante la decisión del INSS de declarar la contingencia como accidente de trabajo, la empresa demandó ante el Juzgado de lo Social. Si bien lo más habitual en estos juicios es que sea la Mutua quien demande, en este caso la Mutua se aquietó con la declaración.

La empresa, además de cuestionar la determinación de la contingencia realizada en la vía administrativa, plantea tres cuestiones formales: nulidad y subsidiaria anulabilidad de la resolución por falta de notificación a la empresa del expediente; nulidad y subsidiaria anulabilidad de esa resolución por falta de motivación; y caducidad del expediente.

Se demandó al trabajador Leandro, la Mutua colaboradora de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.

V. Normativa aplicable al caso

— Ley General de la Seguridad Social, artículo 156.2.e): “Tendrán la consideración de accidentes de trabajo: ... las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo”.

— Ley General de la Seguridad Social, artículo 157: “Se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”.

— Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

VI. Doctrina básica

La sentencia desestima las cuestiones formales alegadas por la empresa. Dos de ellas se desestiman con consideraciones apegadas al caso que no presentan mayor enjundia.

En cuanto a la alegación de la empresa de que no se le notificó el procedimiento administrativo de determinación de contingencia, se resuelve con un argumento muy socorrido en la fundamentación judicial en procesos como el de estas actuaciones: “No consta que la incoación se notificara a la empresa, pero, como se le notificó la resolución con el resultado y la empresa ha tenido a su alcance el expediente administrativo hasta el juicio, la indefensión en aquella fase queda ahora subsanada con su actuación judicial, lo que ya se vio con su interposición de la demanda y quedó confirmado con la vista”.

Ya entrando en el fondo, la sentencia argumenta: (1) que la enfermedad causante de la incapacidad permanente no es una enfermedad profesional porque no aparece recogida en el cuadro reglamentario según se exige en el artículo 157 de la LGSS; (2) que sí es una enfermedad causada por el trabajo, con lo cual se asimila a accidente de trabajo en los términos del artículo 156.2.e) de la LGSS; y (3) que, para alcanzar esa conclusión, se realiza en los últimos fundamentos de derecho una minuciosa valoración de la prueba practicada.

VII. Parte dispositiva

“Que, desestimando las excepciones procesales de: 1.- nulidad y subsidiaria anulabilidad de la resolución del inicio del expediente administrativo de declaración de contingencia de periodo de incapacidad temporal por falta de notificación a la empresa; 2.- nulidad y subsidiaria anulabilidad de esa resolución por falta de motivación; y 3.- caducidad del expediente administrativo ... (y) desestimando la demanda interpuesta por CCC Barcelona Digital Services, S. L., contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la Mutua Asepeyo y contra Leandro, sobre determinación de contingencia de

periodo de incapacidad temporal, debo confirmar y confirmo la resolución recurrida, absolviendo a las partes demandadas”.

VIII. Pasajes decisivos

“La actividad del trabajador demandado no figura en ese cuadro de enfermedades profesionales (al que se refiere el artículo 157 de la LGSS).

Entonces, su incapacidad temporal podría ser derivada de accidente de trabajo, si tal incapacidad se hubiere debido de modo exclusivo al trabajo (artículo 156.2.e).

La incapacidad temporal fue causada, según informes del Centro de Salud Mental Sant Pere Claver Fundació Sanitària, por: «Clínica severa ansiosa con ataques de pánico, conductas de evitación, aislamiento en el domicilio, rumiaciones hipocondríformes, sensación de disfagia, despertares nocturnos e importante tanatofobia».

En cuanto al contenido de la prestación laboral, que ya dio por probado la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, consistía en: «Contenido altamente sensible (high priority), relacionado con terrorismo y suicidios: Automutilaciones, decapitaciones de civiles asesinados por grupos terroristas, tortura infligida a personas, suicidios. Estas visualizaciones las tenía que realizar varias veces para asegurarse de que la política aplicada a ese contenido gráfico era la adecuada y además la visualización de ese contenido debía realizarse de manera completa».

Este contenido de la actividad tiene aptitud para desencadenar un trastorno psíquico con manifestaciones como las también descritas.

Resta la cuestión de si esta actividad habrá sido la causa exclusiva del trastorno, o habrá podido concurrir alguna otra. No constan circunstancias del actor, ajenas a su trabajo, que hayan podido desencadenar tales patologías, la demanda no menciona ninguna (a pesar de que la empresa fue objeto de acta de infracción”).

Después de estas consideraciones (fundamento de derecho séptimo de la sentencia comentada), se acomete una minuciosa valoración de la prueba practicada (fundamentos de derechos octavo y noveno), en la que, a efectos de nuestro comentario, no entraremos.

IX. Comentario

La sentencia comentada debe ser valorada muy positivamente porque el juez aplica con acierto y solvencia el tradicional concepto de enfermedad asimilada a accidente de trabajo, o enfermedad del trabajo, del artículo 156.2.e) de la LGSS, a un trabajo, hace apenas unas décadas inexistente, consistente en la moderación de contenidos duros de Internet. Como ya se avanzó en la introducción: odres viejos llenados con vino nuevo.

Pero nuestro comentario no se va a quedar en la positiva valoración de la sentencia, sino que pretendemos profundizar más allá para verificar si la normativa sobre contingencias profesionales cubre las exigencias de los nuevos trabajos de la era digital.

Y la respuesta nos la da la propia sentencia comentada cuando se ve obligada a acudir, para impartir justicia, a la enfermedad / accidente del artículo 156.2.e) de la LGSS después de constatar la imposibilidad de incluir los trastornos psiquiátricos en el cuadro reglamentario de enfermedades profesionales previsto en el artículo 157 de la LGSS.

Tal cuadro reglamentario, que se encuentra en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, se ha construido sobre la base de los riesgos en la industria de la segunda revolución industrial, cuando es que, en la actualidad, ya estamos en la cuarta (y se dice que en camino para la quinta), basada la cuarta en Internet y las energías renovables.

Precisamente en esta nueva realidad productiva, los riesgos psicosociales cobran protagonismo frente a los tradicionales riesgos industriales de exposición a agentes químicos, físicos, biológicos o carcinógenos, o exposición al polvo, que copan casi todo el cuadro reglamentario de enfermedades profesionales del Real Decreto 1299/2006.

La ausencia de los riesgos psicosociales en el Real Decreto 1299/2006 contrasta con las recomendaciones de la OIT. Según la OIT, el cuadro reglamentario de enfermedades profesionales debería incluir un apartado relativo a “trastornos mentales y del comportamiento”, que contemple el “trastorno de estrés postraumático” y “otros trastornos mentales o del comportamiento no mencionados en el punto anterior cuando se haya establecido, científicamente o por métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales, un vínculo directo entre la exposición a factores de riesgo que resulte de las actividades laborales y el (los) trastorno(s) mentales o del comportamiento contraído(s) por el trabajador” (Recomendación 194 sobre la lista de enfermedades profesionales y el registro y notificación de accidentes del trabajo, Anexo: Listado de enfermedades profesionales de la OIT, revisado en 2010, y accesible en la página <https://www.ilo.org/>).

¿Cuáles son las razones que dificultan la catalogación de los riesgos psicosociales como riesgos profesionales causantes de enfermedades profesionales? Entre esas razones, se suelen destacar la enorme complejidad por su etiología multicausal, sin poder determinar si es laboral o extralaboral, y la existencia de eventuales elementos subjetivos.

La consecuencia inmediata de la ausencia de los riesgos psicosociales en el cuadro reglamentario de enfermedades profesionales es la derivación de la enfermedad psíquica que esos riesgos pueden ocasionar (trastorno de estrés postraumático, ansiedad o depresión) hacia la enfermedad del trabajo contemplada en el artículo 156.2.e) de la LGSS.

Pero si se observan las sentencias en que, en aplicación del artículo 156.2.e) de la LGSS, se declara la existencia de enfermedad del trabajo por riesgos psicosociales se podrá comprobar que la aparición de una enfermedad psíquica cuando la persona trabajadora ha sufrido una situación de violencia, o realiza determinadas tareas estresantes, actúa prácticamente de manera semejante a como se aplica el cuadro reglamentario, estos es, se verifica el riesgo, el agente y el trabajo realizado, y se declara la contingencia profesional, sin demasiado razonamiento en orden a excluir las causas extralaborales.

Justamente, este es el esqueleto argumental de la sentencia objeto de nuestro comentario: se verifica la existencia de la enfermedad psiquiátrica, el agente estresor en el trabajo realizado y la realización del trabajo, aspectos que se corroboran con el análisis de la prueba practicada en las actuaciones y con la exclusión de prueba de la extralaboralidad.

No hay, en consecuencia, ningún obstáculo serio para incluir en el cuadro reglamentario de enfermedades profesionales los trastornos psiquiátricos causados por riesgos psicosociales en determinadas profesiones. Y los trastornos psiquiátricos causados por riesgos psicosociales en la profesión de moderación de contenidos en Internet son un ejemplo de enfermedad que debería ser enfermedad profesional (artículo 157 de la LGSS y RD 1299/2006), y no enfermedad asimilada a accidente de trabajo (artículo 156.2.e).

Quizás sea oportuno recordar, antes del apunte final, que las diferencias entre la enfermedad profesional y la enfermedad asimilada a accidente de trabajo son relevantes.

Desde una perspectiva preventiva, porque la inclusión de una enfermedad en el cuadro reglamentario de enfermedades profesionales, si causada por los agentes y en las profesiones incluidas en tal cuadro, obliga a las empresas concernidas a adoptar medidas de prevención específicas del riesgo (como reconocimientos médicos

periódicos), e intensificándose las medidas si a una persona trabajadora se le diagnostica la enfermedad (notificación y registro de la enfermedad; traslado de puesto de trabajo a otro exento de riesgo de exposición); mientras que, si la enfermedad no está incluida, la imposición de medidas de prevención tan específicas del riesgo no es tan automática, ni tan completa, sin perjuicio, naturalmente, de la deuda genérica de seguridad de la empresa y de la eventual existencia de otras normas específicas de seguridad laboral. Y es que el cuadro reglamentario de enfermedades profesionales es, por sí mismo y con independencia de otras normas, una fuente eficaz de obligaciones preventivas específicas para la empresa.

Desde una perspectiva reparadora, porque la inclusión de una enfermedad en el cuadro reglamentario de enfermedades profesionales, si causada por los agentes y en las profesiones incluidas en tal cuadro, facilita la identificación de las empresas, gestoras y mutuas responsables, y también facilita la prueba de la causalidad laboral en beneficio de la persona trabajadora; mientras que, si no está incluida, la prueba de la causalidad le corresponde a la persona trabajadora y siempre cabe contraprueba de causa extralaboral.

X. Apunte final

¿Están las leyes ajustadas a las nuevas realidades? La sentencia comentada aprovecha las posibilidades ofrecidas por nuestra normativa sobre contingencias profesionales para declarar la existencia de una enfermedad asimilada a accidente de trabajo en relación con una profesión, inexistente hace unas décadas, ligada a la digitalización. Pero también delata las carencias de esa normativa pues los trastornos psiquiátricos causados por riesgos psicosociales en la profesión de moderación de contenidos en Internet es un ejemplo de enfermedad que debería ser profesional. Y ello, según se explica en los últimos párrafos del anterior epígrafe, no es una diferencia baladí.

§ 21 Principio de no discriminación. Diferencia de trato en caso de despido. Resolución inmotivada de contrato de duración determinada conforme a la ley.

Carlos Hugo Preciado Domènech

Magistrado de la jurisdicción social. Doctor en Derecho y en Ciencias Políticas.

Resumen: La Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, se opone a una normativa nacional según la cual un empresario no está obligado a motivar por escrito la resolución con preaviso de un contrato de trabajo de duración determinada, a pesar de que está sujeto a tal obligación en caso de resolución de un contrato de trabajo de duración indefinida.

Palabras clave: Contratos de duración determinada. Despido. Discriminación.

Abstract: Directive 1999/70/EC of June 28, opposes national legislation according to which an employer is not obliged to give reasons in writing for the termination with prior notice of a fixed-term employment contract, despite the fact that it is subject to such obligation in the event of termination of an employment contract of indefinite duration.

Keywords: Fixed-term contracts. Dismissal. Discrimination.

I. Introducción

Comentamos la STJUE 20 febrero 2024, Caso K.L, C-/715/20, que resuelve dos cuestiones prejudiciales planteados por los órganos jurisdiccionales Polacos. Dichos tribunales cuestionan ante el TJUE:

1) Si es contraria al Derecho de la UE una norma del Derecho nacional que establece la obligación del empresario de indicar por escrito la justificación de su decisión de resolver un contrato de trabajo únicamente respecto de los contratos de trabajo celebrados por tiempo indefinido y, por consiguiente, que somete a control judicial la fundamentación de las causas de resolución de los contratos celebrados por tiempo indefinido, sin contemplar al mismo tiempo dicha obligación del empresario (es decir, indicar la causa que justifica la resolución) respecto de los contratos de trabajo de duración determinada (de modo que únicamente se somete a control judicial la cuestión de la conformidad de la resolución con las disposiciones sobre la resolución de los contratos?

2) Si pueden invocar la cláusula 4 del [Acuerdo Marco] y el principio general del Derecho de la Unión relativo a la prohibición de discriminación (artículo 21 de la [Carta]) las partes de un litigio judicial entre particulares y, por consiguiente, tienen las normas anteriormente citadas un efecto horizontal.

Avanzamos ya en la introducción que la respuesta a la primera cuestión es afirmativa, es decir, dicha normativa nacional es contraria al artículo 1 de Directiva [1999/70] y las cláusulas 1 y 4 del [Acuerdo Marco]; y así mismo también lo es la

segunda cuestión, pero apoyándose en que la eficacia directa horizontal proviene del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, amparado por el art. 47 CDFUE.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: TJUE (Gran Sala)

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 20 de febrero de 2024.

Tipo y número procedimiento: Cuestión prejudicial. Asunto C-715/20.

Fuente: Curia.

Ponente: Sr A. Kumin

Votos Particulares: carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El art. 30.4 del Código del Trabajo polaco establece que, en caso de resolución del contrato de trabajo con preaviso por parte del empresario, éste debe indicar la causa que justifica la resolución, pero sólo en los contratos por tiempo indefinido, no en los contratos de duración determinada.

El contraste de esta norma nacional polaca con la Directiva 1999/70, concretamente la cláusula 4, apartado 1 del Acuerdo Marco, que regula el principio de no discriminación, suscita las dos cuestiones que plantea el tribunal polaco y que ya hemos expuesto en la introducción.

Los hechos del litigio principal pueden resumirse como sigue: K. L. y X celebraron un contrato de trabajo de duración determinada a tiempo parcial para el período comprendido entre el 1 de noviembre de 2019 y el 31 de julio de 2022.

El 15 de julio de 2020, X notificó a K. L., que es el demandante en el litigio principal, una declaración de resolución de dicho contrato de trabajo respetando un plazo de preaviso de un mes. De esta manera, la resolución surtió efecto el 31 de agosto de 2020, sin que, no obstante, se le haya comunicado la causa de tal decisión a K. L.

IV. Posición de las partes

Tras su despido, el trabajador interpuso una demanda ante el Sąd Rejonowy dla Krakowa-Nowej Huty w Krakowie (Tribunal de Distrito de Cracovia-Nowa Huta, Polonia), que es el órgano jurisdiccional remitente, en la que reclamaba el pago de una indemnización en virtud del artículo 50, apartado 3, del Código del Trabajo, alegando el carácter improcedente de su despido.

En dicha demanda, K. L. adujo, por una parte, que la declaración de X contenía errores formales constitutivos de una irregularidad que da derecho a indemnización, en virtud del artículo 50, apartado 3, del Código del Trabajo. Por otra parte, sostuvo que, aunque el Código del Trabajo no obliga a los empresarios a indicar las causas de resolución en caso de resolución de contratos de trabajo de duración determinada, la falta de tal indicación vulneró el principio de no discriminación consagrado en el Derecho de la Unión y en el Derecho polaco, debido a que dicha obligación existe en caso de resolución de contratos de trabajo celebrados por tiempo indefinido.

21 X, en cambio, alegó que había procedido al despido del demandante en el litigio principal de conformidad con las disposiciones vigentes del Derecho laboral polaco, extremo que, al parecer, no niega el demandante.

V. Normativa aplicable al caso

1. Derecho de la Unión Europea

- Directiva 1999/70

La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco, titulada «Principio de no discriminación», establece:

«Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.»

-Art. 47, pfo1. CDFUE “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo”

- Art. 21, pfo1. CDFUE “1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.”

2. Derecho polaco

Con arreglo al artículo 8 de la ustawa — Kodeks pracy (Ley por la que se establece un Código del Trabajo), de 26 de junio de 1974 (Dz. U. n.º 24, posición 141), en su versión aplicable al litigio principal (Dz. U. de 2020, posición 1320, modificada) (en lo sucesivo, «Código del Trabajo»), un derecho no puede ejercerse de forma contraria a su finalidad socioeconómica o vulnerando los principios de la vida en sociedad.

El artículo 183 a, apartados 1 y 2, del Código del Trabajo establece:

«1. Los trabajadores deberán recibir el mismo trato en lo relativo al establecimiento y la extinción de la relación laboral y a las condiciones de empleo, promoción y acceso a formación para mejorar las competencias profesionales, en particular, sin distinción por razón de sexo, edad, discapacidad, raza, religión, nacionalidad, convicciones políticas, adscripción sindical, origen étnico, confesión u orientación sexual, así como sin distinción por razón de la contratación por tiempo determinado o indefinido o a tiempo completo o parcial.

2. Se entenderá por igualdad de trato en el empleo la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, basada en alguno de los motivos establecidos en el apartado 1.»

De conformidad con el artículo 183b, apartado 1, del Código del Trabajo:

«Se entenderá por violación del principio de igualdad de trato en el empleo, con la excepción de los apartados 2 a 4, la distinción efectuada por el empresario en relación con la situación del trabajador por uno o varios motivos establecidos en el artículo 183a, apartado 1, cuya consecuencia sea en especial:

1) la negativa a establecer o a extinguir la relación laboral,

2) la configuración desventajosa del salario o de otras condiciones laborales o la postergación de la promoción o de la concesión de otras prestaciones vinculadas al trabajo,

3) [...]

– salvo que el empresario acredite que se basó en causas objetivas.

[...]»

13 El artículo 30 del Código del Trabajo establece:

«1. El contrato de trabajo se extinguirá:

- 1) por mutuo acuerdo de las partes;
- 2) por declaración de una de las partes observando el plazo de preaviso (resolución del contrato de trabajo con preaviso);
- 3) por declaración de una de las partes sin observar el plazo de preaviso (resolución del contrato de trabajo sin preaviso);
- 4) por expiración del tiempo convenido.

[...]

3. Deberá realizarse por escrito la declaración de cualquiera de las partes sobre la resolución con preaviso del contrato de trabajo o sobre su resolución sin preaviso.

4. En la declaración del empresario sobre la resolución con preaviso del contrato de trabajo celebrado por tiempo indefinido o sobre la resolución del contrato de trabajo sin preaviso deberá indicarse la causa que la justifica.»

El artículo 44 del Código del Trabajo dispone lo siguiente:

«El trabajador podrá impugnar la resolución del contrato de trabajo ante el tribunal laboral [...]».

De conformidad con el artículo 45, apartado 1, del Código del Trabajo:

«Cuando se determine que la resolución del contrato de trabajo celebrado por tiempo indefinido es improcedente o infringe las disposiciones relativas a la resolución de los contratos de trabajo, el tribunal laboral —conforme a la pretensión del trabajador— declarará la nulidad de la resolución y, cuando el contrato ya haya quedado resuelto, la readmisión del trabajador a su puesto de trabajo en las condiciones anteriores o la concesión de una indemnización.»

El artículo 50, apartado 3, del Código del Trabajo establece:

«Cuando la resolución de un contrato de trabajo de duración determinada haya tenido lugar con infracción de las disposiciones relativas a la resolución de tales contratos, el trabajador únicamente tendrá derecho a una indemnización.»

VI. Doctrina básica

En primer lugar, se aprecia una diferencia de trato entre trabajadores de duración determinada y trabajadores indefinidos. En caso de una resolución con preaviso de un contrato de trabajo de duración determinada, el empresario no está obligado a comunicar de entrada al trabajador, por escrito, la causa o causas que la justifican, mientras que está obligado a hacerlo en caso de resolución con preaviso de un contrato de trabajo de duración indefinida.

En segundo lugar, tal situación puede generar consecuencias desfavorables para un trabajador con un contrato de duración determinada en la medida en que dicho trabajador, aun suponiendo que se garantice el control judicial de la procedencia de las causas de resolución de su contrato de trabajo y que se garantice así una tutela judicial efectiva del interesado, no dispone, con carácter previo, de información que puede ser determinante para decidir si entablar o no una acción judicial contra la resolución de su contrato de trabajo.

La resolución anticipada de tal contrato de trabajo, por voluntad del empresario, debido a circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que perturban el desarrollo normal de la relación laboral puede afectar, dado su carácter imprevisto, a un trabajador con contrato de duración determinada por lo menos en la misma medida en que la resolución de un contrato de trabajo por tiempo

indefinido puede afectar al trabajador correspondiente. Se aprecia, en este sentido, una diferencia de trato que implica un trato menos favorable de los trabajadores con contrato de duración determinada respecto de los trabajadores por tiempo indefinido, derivada del hecho de que a estos últimos no se les aplica la limitación en cuestión relativa a la información sobre las causas que justifican el despido.

En tercer lugar, dicho trato menos favorable no se halla justificado por razones objetivas. La mera previsión legal no es una justificación objetiva válida (vid. STJUE 19 de octubre de 2023, Lufthansa CityLine, C-660/20, EU:C:2023:789, apartado 57 y jurisprudencia citada). El gobierno polaco justificó la diferencia de trato normativa, aduciendo que responde al interés en la consecución del objetivo legítimo de una «política social nacional dirigida al pleno empleo productivo. En su opinión, la consecución de este objetivo requiere una gran flexibilidad del mercado de trabajo. El TJUE rechaza dicha justificación, por su generalidad y abstracción, por su falta de conexión con el caso concreto y porque, en definitiva dichos argumentos no permiten garantizar que la diferencia de trato controvertida en el litigio principal responda a una necesidad auténtica, en el sentido de la referida jurisprudencia.

En este sentido subraya el TJUE su doctrina consolidada, conforme a la que admitir que la mera naturaleza temporal de una relación laboral basta para justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores por tiempo indefinido vaciaría de contenido los objetivos del Acuerdo Marco y equivaldría a perpetuar una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada (vid. de 16 de julio de 2020, Governo della Repubblica italiana).

Concluye el TJUE, por todo ello, en respuesta a la primera cuestión prejudicial, que la normativa aplicable de la UE se opone a una normativa nacional según la cual un empresario no está obligado a motivar por escrito la resolución con preaviso de un contrato de trabajo de duración determinada, a pesar de que está sujeto a tal obligación en caso de resolución de un contrato de trabajo de duración indefinida.

La segunda cuestión prejudicial atañe a la eficacia directa horizontal (entre particulares) de la Directiva 99/70. En caso de conflicto entre la normativa de la UE y la nacional, el juez nacional, en primer lugar, debe agotar las posibilidades del principio de interpretación conforme. En este sentido, cuando dicho órgano judicial conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno adoptadas con objeto de adaptarlo a las obligaciones establecidas por una directiva, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha directiva para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por esta (STJUE 18 de enero de 2022, Thelen Technopark Berlin, C-261/20). El límite al principio de interpretación conforme son los principios generales del derecho y la prohibición de la interpretación *contra legem*.

Cuando no sea posible interpretar una disposición nacional conforme a las exigencias del Derecho de la Unión, el principio de primacía de este último exige que el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones de ese Derecho excluya la aplicación de cualquier disposición del Derecho nacional contraria a las disposiciones del Derecho de la Unión que tengan efecto directo.

No obstante, según reiterada jurisprudencia, una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular ni, por consiguiente, puede ser invocada, como tal, en su contra ante un órgano jurisdiccional nacional. En este sentido aun cuando sea clara, precisa e incondicional, la disposición de una directiva no permite al juez nacional excluir una disposición de su Derecho interno contraria a la misma si, con ello, se impusiese al particular una obligación adicional (SSTJUE de 24 de junio de 2019, Popławski, C-573/17, y de 18 de enero de 2022, Thelen Technopark Berlin, C-261/20).

Ahora bien, en el caso de autos la normativa nacional examinada limita el acceso de dicho trabajador con contrato de duración determinada a la tutela judicial, garantizada, en particular, en el artículo 47 de la CDFUE, y conforme a la doctrina del TJUE, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a prestar, en el marco de sus competencias, la protección jurisdiccional que el artículo 47 de la Carta garantiza a los justiciables, en relación con la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco, en lo que se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva, que incluye el acceso a la justicia, y a dejar de aplicar, por consiguiente, el artículo 30, apartado 4, del Código del Trabajo en cuanto sea necesario para garantizar la plena eficacia de esa disposición de la Carta (vid. SSTJUE 17 de abril de 2018, Egenberger, C-414/16, y 8 de marzo de 2022, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (Efecto directo)).

VII. Parte dispositiva

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

La cláusula 4 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP 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 según la cual un empresario no está obligado a motivar por escrito la resolución con preaviso de un contrato de trabajo de duración determinada, a pesar de que está sujeto a tal obligación en caso de resolución de un contrato de trabajo de duración indefinida. El órgano jurisdiccional nacional que conozca de un litigio entre particulares estará obligado, cuando no pueda interpretar el Derecho nacional aplicable de conformidad con dicha cláusula, a prestar, en el marco de sus competencias, la protección jurisdiccional que el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea otorga a los justiciables y a garantizar la plena eficacia de este artículo, dejando de aplicar, en cuanto sea necesario, cualquier disposición nacional contraria.

VIII. Pasajes decisivos

(...) En una situación como la controvertida en el litigio principal, un trabajador con un contrato de duración determinada que es resuelto con preaviso, al no ser informado de la causa o causas de dicho despido, a diferencia de lo que sucede con un trabajador por tiempo indefinido cuyo contrato de trabajo ha sido resuelto, se ve privado de una información importante para apreciar la improcedencia del despido y considerar la posibilidad de solicitar la tutela de un tribunal. Así pues, existe una diferencia de trato entre esas dos categorías de trabajadores, en el sentido de dicha disposición (pfo.50).

(...) Pues bien, debe señalarse que tal situación puede generar consecuencias desfavorables para un trabajador con un contrato de duración determinada en la medida en que dicho trabajador, aun suponiendo que se garantice el control judicial de la procedencia de las causas de resolución de su contrato de trabajo y que se garantice así una tutela judicial efectiva del interesado, no dispone, con carácter previo, de información que puede ser determinante para decidir si entablar o no una acción judicial contra la resolución de su contrato de trabajo (pfo.53).

(...) La resolución anticipada de tal contrato de trabajo, por voluntad del empresario, debido a circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que perturban el desarrollo normal de la relación laboral puede afectar, dado su carácter imprevisto, a un trabajador con contrato de duración determinada por lo menos en la misma medida en que la resolución de un contrato de trabajo por tiempo indefinido puede afectar al trabajador correspondiente (pfo.55).

(...) A este respecto, admitir que la mera naturaleza temporal de una relación laboral basta para justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores por tiempo indefinido vaciaría de contenido los objetivos del Acuerdo Marco y equivaldría a perpetuar una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada [véase, en este sentido, la

sentencia de 16 de julio de 2020, Governo della Repubblica italiana (Estatuto de los jueces de paz italianos), C-658/18, EU:C:2020:572, apartado 152 y jurisprudencia citada] (pfo.64).

(...) En efecto, aun cuando los empresarios estuvieran obligados a indicar las razones de la resolución anticipada de un contrato de duración determinada, no se verían privados, por ello, de la flexibilidad inherente a este tipo de contrato de trabajo, que puede contribuir al pleno empleo en el mercado laboral (pfo.67).

(...) Cuando no sea posible interpretar una disposición nacional conforme a las exigencias del Derecho de la Unión, el principio de primacía de este último exige que el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones de ese Derecho excluya la aplicación de cualquier disposición del Derecho nacional contraria a las disposiciones del Derecho de la Unión que tengan efecto directo (pfo.72).

(...) el Tribunal de Justicia ha reconocido el efecto directo de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco, al considerar que, desde el punto de vista de su contenido, esta disposición es incondicional y lo suficientemente precisa para poder ser invocada por un particular ante un tribunal nacional contra el Estado en sentido amplio (...) (pfo.75).

(...) Sin embargo, en el presente asunto, dado que el litigio principal enfrenta a particulares, el Derecho de la Unión no puede obligar al órgano jurisdiccional nacional a dejar inaplicado el artículo 30, apartado 4, del Código del Trabajo basándose únicamente en la constatación de que esta disposición es contraria a la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco (pfo.76).

(...) A la vista de estas consideraciones, es preciso declarar que la diferencia de trato que establece el Derecho nacional aplicable, constatada en el apartado 56 de la presente sentencia, vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta, dado que el trabajador con contrato de duración determinada se ve privado de la posibilidad, que sin embargo tiene el trabajador por tiempo indefinido, de evaluar previamente si procede ejercitar acciones judiciales contra la decisión de resolver su contrato de trabajo y, en su caso, interponer una demanda que impugne de manera precisa las causas de tal resolución (...) (pfo.79).

IX. Comentario

Nos hallamos ante una importante sentencia que incide en dos cuestiones esenciales, la diferencia de trato desfavorable de los trabajadores temporales en la resolución del contrato de trabajo *ante tempus*, en cuya virtud carecen del derecho a una comunicación motivada de la causa de la resolución, derecho que sí tienen los trabajadores indefinidos.

En este punto, cabe destacar que las razones de “flexibilidad laboral” y eficiencia del mercado de trabajo, aducidas por el gobierno polaco para justificar la diferencia de trato son descartadas por el TJUE, puesto que la flexibilidad laboral, además de un argumento en exceso genérico, no se ve perjudicada por la comunicación escrita y motivada de la causa de despido.

No menos interesante resulta cómo el TJUE anuda la falta de comunicación escrita de la causa de extinción del contrato a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Este estándar de protección frente al despido sin causa guarda una estrecha relación con el que maneja el TEDH, como prueba comprobarse en su *leading case* STEDH 10 julio 2012, Caso KMC. Hungría. De esta manera la falta de notificación escrita y motivada del despido, expresando la causa, afecta al derecho a la tutela judicial efectiva.

Ello somete a reflexión la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, que viene casi inveteradamente reiterando que el despido sin causa no es nulo, sino improcedente.

En este sentido, entre otras, la STS núm. 841/2022, de 19 octubre, Rcd. 2206,21, donde se ha sostenido que "la calificación del despido sin causa como improcedente y no nulo suponga la vulneración del derecho a la tutela judicial efectivo ya que la legislación española cumple con la reparación alternativa del art. 10 del Convenio 158 de la OIT"

Resulta en este punto llamativo el contraste entre la doctrina más garantista del TEDH y del TJUE sobre la exigencia de la notificación por escrito y motivación de la causa como elemento integrante de la tutela judicial efectiva (art.24 CE, art.47 CDFUE y art. 6 CEDH), y la doctrina del TS, que considera que el despido sin causa y más concretamente el carente de toda comunicación escrita y motivada, no afecta al derecho a la tutela judicial efectiva.

X. Apunte final

Una vez más, la doctrina del TJUE nos llama a reflexión sobre la adecuación de nuestra normativa interna y su interpretación jurisprudencial, con los estándares de protección del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de comunicación justificada de la causa del despido.

§ 22 Protección de los créditos impagados a los trabajadores en caso de insolvencia empresarial. Aplicación de la Directiva 2008/94/CE.

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: El litigio versa sobre la interpretación de la Directiva 2008/94/CE, con ocasión de créditos impagados a los trabajadores tras la declaración de la fase de liquidación judicial de la sociedad. El TJUE falla que la Directiva se opone a la normativa que excluye la cobertura de tales créditos cuando se ha comunicado a la empresa la rescisión del contrato de trabajo por incumplimientos suficientemente graves por parte empresarial, y un órgano jurisdiccional nacional ha considerado que esta comunicación está justificada.

Palabras clave: Directiva. Salario. Créditos. Rescisión. Contrato.

Abstract: The dispute concerns the interpretation of Directive 2008/94/EC, on the occasion of unpaid claims to employees following the declaration of the judicial liquidation phase of the company. The CJEU ruled that the Directive precludes legislation that excludes the coverage of such claims when the company has been notified of the termination of the employment contract due to sufficiently serious breaches by the employer, and a national court has considered that this notification is justified.

Keywords: Directive. Wages. Claims. Termination. Contract.

I. Introducción

La sentencia objeto de comentario en el presente artículo se dicta por la Sala séptima del TJUE, sin conclusiones del abogado general, con ocasión de la petición de decisión prejudicial formulada, al amparo del art. 267 del Tratado de funcionamiento de la UE, por el Tribunal de Apelación de la ciudad francesa de Aix-en-Provence, mediante resolución de 24 de febrero de 2023.

El litigio versa sobre la interpretación de la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, y se plantea entre la “association Unedic délégation AGS de Marseille”. por una parte, y varios trabajadores y el administrador concursal de la sociedad declarada insolvente, por otra, “en relación con el pago de los créditos impagados de dichos trabajadores tras la declaración de la fase de liquidación judicial de dicha sociedad”.

El resumen oficial de la sentencia es el siguiente: “Procedimiento prejudicial — Política social — Protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario — Directiva 2008/94/CE — Asunción por las instituciones de garantía de los créditos

impagados de los trabajadores asalariados que resulten de contratos de trabajo o de relaciones laborales — Exclusión en caso de comunicación de la resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador asalariado por incumplimiento grave imputable al empresario”.

A mi parecer, la resolución judicial es importante para el fortalecimiento de la protección de los créditos impagados al empresario cuando se produce un conflicto como el que se analiza a continuación y para el que la normativa nacional aplicable no aporta respuesta satisfactoria, tal como ocurría en Francia.

No plantea problemas de adecuación a la jurisprudencia comunitaria sentada en esta sentencia la normativa española, por cuanto el art. 33 de la Ley del Estatuto de los trabajadores dispone en su apartado 2 que “El Fondo de Garantía Salarial, en los casos del apartado anterior, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50...”, es decir que incluye la extinción del contrato por voluntad del trabajador pero como consecuencia de incumplimientos graves del empleador, como por ejemplo el impago de salarios, dentro de los supuestos protegidos por la norma, cuanto estos sean debidos y se declare la insolvencia o concurso del empresario.

Sí conviene recordar, cualquier caso, que el TJUE ha conocido de litigios en los que estaba en juego la intervención del FOGASA y que guardan una cierta relación con el ahora analizado. Un buen ejemplo es la sentencia dictada por la Sala séptima el 28 de junio de 2018 (asunto C-57/17), que versó sobre la aplicación del art. 33.2 a un supuesto de extinción del contrato por voluntad de trabajador tras una decisión empresarial de aplicar la movilidad geográfica prevista en el art. 40 de la LET.

La cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana mediante auto de 19 de enero de 2017, era la siguiente: “¿Se puede interpretar que una indemnización debida legalmente por una empresa al trabajador, por la extinción de su relación laboral, a consecuencia de la modificación de un elemento esencial del contrato de trabajo, como es una movilidad geográfica que obliga al trabajador a cambiar de residencia, constituye la “indemnización debida al término de la relación laboral”, a la que se refiere el artículo 3, primer párrafo, de la [Directiva 2008/94]?”. Pues bien, el TJUE falló que dicho precepto debe interpretarse en el sentido de que “cuando, según la normativa nacional de que se trate, determinadas indemnizaciones legales debidas por la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y las debidas en caso de despido por causas objetivas, como las contempladas por el órgano jurisdiccional remitente, estén comprendidas en el concepto de «indemnizaciones debidas al término de la relación laboral» en el sentido de la referida disposición, las indemnizaciones legales debidas como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador a causa del traslado del lugar de trabajo por decisión del empresario, traslado que obliga al trabajador a cambiar su lugar de residencia, también deben incluirse en dicho concepto”.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala séptima del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 22 de febrero de 2024

Tipo y número procedimiento: cuestión prejudicial. Asunto C-125/23.

ECLI:EU:C:2024:163

Fuente: Curia

Ponente: Excma. Sra. Dña. María Lourdes Arastey Sahaún.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

En los apartados 13 a 28 de la sentencia, así como en el documento de trabajo incorporado al expediente, conocemos los hechos del litigio y las dudas que le suscita al tribunal nacional la acomodación de la normativa nacional a la comunitaria, que le llevarán a plantear las cuestiones prejudiciales expuesta en el apartado 29.

Los trabajadores implicados en el litigio fueron contratados por la empresa con contratos a tiempo parcial durante septiembre y octubre de 2017 siendo esta sometida a administración judicial el 26 de junio de 2018. Debido al impago de salarios, los trabajadores comunicaron a la empresa la resolución de sus contratos el 9 de julio, siendo pocos días después, el 24 del mismo mes, cuando el tribunal de lo mercantil acordó la liquidación judicial.

IV. Posición de la parte demandante

En sede judicial, los trabajadores presentaron demandas ante el Conseil de Prud'hommes el 31 de julio, en las que solicitaron la consignación de sus créditos en el pasivo de la liquidación judicial de la empresa, "invocando incumplimientos de esa sociedad que estos trabajadores consideraban suficientemente graves".

V. Sentencia en primera instancia

El Conseil, que recordemos que es un órgano tripartito con participación de representantes empresariales y sindicales, dictó sentencia el 2 de julio de 2020, cuya síntesis queda así expuesta en el apartado 18:

"... declaró, en primer término, que el hecho de que los trabajadores afectados comunicaran a la empresa la resolución de su contrato de trabajo por incumplimiento grave imputable al empresario producía los efectos de un despido improcedente; en segundo término, consignó sus créditos en el pasivo de la liquidación judicial de la sociedad K en concepto de adeudos por, en particular, salarios, vacaciones retribuidas, indemnización compensatoria por falta de preaviso e indemnización por despido improcedente y, en tercer término, declaró que la sentencia conjunta era oponible a la AGS de Marsella, obligada a garantizar los importes de dichos créditos" (la negrita es mía).

Tenemos conocimiento de que el 28 de julio la AGS de Marsella planteó ante el Conseil una demanda por omisión de pronunciamiento, desestimada por sentencia de 23 de setiembre de 2021, frente a la que se interpuso recurso de apelación, del que conoce el tribunal que ha planteado la petición de decisión prejudicial.

En el documento de trabajo antes mencionado se hace una amplia explicación del marco jurídico de la ruptura unilateral del contrato de trabajo por parte del trabajador («prise d'acte») en Derecho francés debido a incumplimientos graves del empleador, dejando el contrato de surtir efectos desde el momento de la comunicación de la extinción, quedando el empleador obligado a pagar la indemnización vinculada a tal extinción si el tribunal ha considerado justificada la decisión y la equipara a un despido improcedente (tal como ocurre en el ordenamiento jurídico español, art. 50 LET).

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo francés, en casos como el ahora examinado, y en aplicación del art. L.3253-8, 2º del Código del Trabajo, la garantía de pago que cubre la Asociación creada para abono de salarios e indemnizaciones debidas, solo cubre los créditos derivados de la resolución del contrato "... si se ha producido a iniciativa del administrador judicial, del administrador concursal o del empresario afectado", por lo que se excluye el caso de "comunicación de la resolución del contrato de trabajo por incumplimiento grave imputable al empresario por parte del trabajador asalariado, de jubilación de este o de resolución judicial del contrato de trabajo".

VI. Petición de decisión prejudicial

Después de examinar la jurisprudencia del TS, el tribunal de apelación plantea las dudas que le surgen de respeto de la normativa nacional, tal como ha sido interpretada, al ordenamiento jurídico comunitario, por ser del parecer que la Directiva en cuestión “no parece supeditar la intervención de la institución de garantía, en concepto de indemnizaciones debidas por término de la relación laboral, al autor de dicha resolución”, trayendo a colación en apoyo de su tesis la sentencia del TJUE de 17 de enero de 2008, asunto C-246/06, es decir un caso en el que estaba implicada la normativa española, con mención expresa a los apartados 35 y 36, en los que el tribunal se pronunció en estos términos: “incumbe al órgano jurisdiccional nacional interpretar la normativa nacional de que se trata en el asunto principal respetando dichos principios generales y derechos fundamentales según los interpreta el Tribunal de Justicia y, en particular, el principio de ... Respecto a este último principio, según el cual las situaciones comparables no han de recibir un trato diferente, a no ser que éste se justifique objetivamente, el Tribunal de Justicia ha declarado, en lo que atañe a la normativa de que se trata en el asunto principal, que los trabajadores objeto de un despido improcedente se encuentran en una situación comparable por cuanto tienen derecho a una indemnización en caso de no readmisión...”

Por ello, decide elevar petición de decisión prejudicial con estas cuestiones:

“1) ¿Puede interpretarse la Directiva [2008/94] en el sentido de que permite excluir de la cobertura dispensada por la institución de garantía las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral cuando un trabajador asalariado comunica a la empresa la resolución de su contrato de trabajo por incumplimiento grave imputable al empresario tras la apertura de un procedimiento de insolvencia?

2) ¿Es conforme esta interpretación con el texto y la finalidad de la Directiva y permite alcanzar los resultados que esta persigue?

3) ¿Supone tal interpretación, basada en el autor de la resolución del contrato de trabajo durante el período de insolvencia, una diferencia de trato entre los trabajadores asalariados?

4) En caso de que se determine la existencia de esta diferencia de trato, ¿está objetivamente justificada?”.

VII. Normativa aplicable

El TJUE pasa revista primeramente a la normativa europea y estatal aplicable

De la primera, son referenciados los considerandos 3 y 7 de la Directiva 2008/94, y los arts. 1 (ámbito de aplicación) 2 (consideración del empleador como insolvente), 3 (medidas para garantizar el pago de créditos impagados a los trabajadores), 7 (posible limitación de la cuantía a abonar), 11 (posibilidad de establecer disposiciones nacionales más favorables a los asalariados, y cláusula de no regresión), y 12 (posibilidad de adoptar medidas por los Estados para evitar abusos). AMPLIAR

Del derecho francés son mencionados del Código del Trabajo los arts. L.325-6 (obligación empresarial de asegurar a sus trabajadores “... contra el riesgo de impago, en los casos de procedimiento de salvaguardia, de administración judicial o de liquidación judicial, de las cantidades que se les adeuden en ejecución del contrato de trabajo”, L. 3253-8 (fijación de las cuantías que cubre el seguro), L-3253-14 (asociación que lo cubre y Agencia Central de los Organismos de la Seguridad Social, que integran “las instituciones de garantía contra el riesgo de impago”).

Más exactamente, el artículo L. 3253-6 del code du travail (Código de Trabajo) establece que todo empresario de Derecho privado tendrá asegurados a sus trabajadores asalariados, incluidos los desplazados al extranjero o expatriados a que se refiere el artículo L. 5422-13, contra el riesgo de impago, en los casos de

procedimiento de salvaguardia, de administración judicial o de liquidación judicial, de las cantidades que se les adeuden en ejecución del contrato de trabajo.

El artículo L. 3253-8, punto 2, del Código de Trabajo establece que el seguro a que se refiere el artículo L. 3253-6 cubrirá los créditos resultantes de la ruptura del contrato de trabajo cuando esta tenga lugar en alguno de los siguientes momentos:

- “a) durante el período de observación;
- b) dentro del plazo de un mes a partir de la resolución judicial por la que se adopte el plan de salvaguardia, de administración judicial o de cesión;
- c) dentro de un plazo de quince días, o de veintiún días en caso de que se haya elaborado un plan de salvaguardia del empleo, a partir de la fecha de pronunciamiento de la sentencia de declaración de liquidación judicial;
- d) durante el período de mantenimiento provisional de la actividad aprobado por la sentencia de declaración de liquidación judicial y dentro de los quince días siguientes a la fecha de finalización de dicho período, plazo este que será de veintiún días en caso de que se haya elaborado un plan de salvaguardia del empleo”.

VIII. Resolución de las alegaciones procesales formales

Antes de entrar en la resolución de las cuestiones sustantivas o de fondo planteadas, el TJUE debe dar respuesta a la alegación procesal formal presentada por la AGS de no deber entrar a responder de las cuestiones prejudiciales porque afectan a normativa nacional cuya interpretación no compete al tribunal comunitario.

La tesis será rechazada por el TJUE tras explicar cuál es su ámbito competencial y sus límites, de acuerdo a su consolidada jurisprudencia, y constatar que el conflicto afecta a la interpretación de una Directiva comunitaria, por lo que es plenamente competente para su conocimiento.

Sin ser formalmente una petición de inadmisibilidad, sí es del parecer el TJUE que la primera alegación formulada por el gobierno francés, y recogida en el apartado 34 (“... en el supuesto de que un trabajador comunique a la empresa la resolución de su contrato de trabajo por incumplimiento grave imputable al empresario con posterioridad a la fecha de apertura del procedimiento de administración judicial, la institución de garantía estaría obligada, en todo caso, a garantizar los créditos salariales adeudados al trabajador de que se trate en esa fecha, de conformidad con el artículo L. 3253-8, 1º, del Código del Trabajo”) iría en esa línea.

Igual rechazo que la anterior sufre esta alegación por parte del TJUE, dado que la tesis del gobierno francés no es la del tribunal nacional, que ya sabemos que manifiesta sus dudas en cuanto se refiere a la interpretación de la Directiva y su no mención a quién debe ser el autor de la resolución que abre camino al abono de salarios e indemnizaciones debidas en caso de insolvencia empresarial por la AGS.

IX. Resolución de las cuestiones sustantivas o de fondo

El TJUE responderá conjuntamente a las cuatro cuestiones prejudiciales planteadas, y lo hará tras efectuar un amplio repaso de varios artículos de la Directiva cuestionada, que han sido mencionados con anterioridad.

Las cantidades adeudadas a los trabajadores son las que resultan de la existencia de un contrato de trabajo y la consiguiente responsabilidad empresarial de abonar los salarios debidos por la prestación laboral, incluíbles sin mayor complicación jurídica, tal como sostuvo la Comisión Europea en las observaciones formuladas, dentro del concepto de indemnizaciones debidas al término de la relación laboral si no han sido abonado en el plazo legalmente fijado y que suele ser el mensual en todas las normas sobre abono de salarios.

Recordemos aquí que el art. 3 dispone en su apartado 1 que "... Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que las instituciones de garantía aseguren, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales, incluidas las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral, cuando así lo disponga el Derecho interno".

Es contundente el TJUE en la defensa de su tesis de no encontrar ninguna razón de ser que justifique la exclusión del abono de los salarios impagados por parte de la AGS cuando la resolución del contrato se produzca a iniciativa del trabajador, ya que la Directiva "no establece distinción alguna en lo que atañe a la cobertura de estos créditos por dicha institución en función de que el autor de la resolución del contrato de trabajo sea o no el trabajador asalariado".

La posibilidad reconocida en el art. 3.1 de concretar por cada Estado las indemnizaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva debe respetar en cualquier caso el principio general de igualdad y no discriminación, de tal manera que "las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que este se justifique objetivamente", trayendo a colación en apoyo de esta tesis la sentencia de 28 de junio de 2018, asunto C-57/17.

En dicha sentencia, y en coherencia con su doctrina sobre el concepto de extinción no inherente a la voluntad del trabajador, aplicable a la regulación de los despidos colectivos, el TJUE llegará a la conclusión de encontrarnos ante una extinción involuntaria del contrato, equiparándola a la del art. 50 (supuesto algo distinto a mi parecer, en cuanto que requiere un plus de gravedad jurídica, concretado en determinados incumplimientos empresariales, para que el trabajador pueda solicitar la extinción de su contrato, pero siendo cierto que también se trata de una decisión involuntaria), considerando que en ambos casos se han producido modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que no pueden imponerse al trabajador y que por ello van a permitir que este opte por la extinción del contrato con derecho a indemnización, si bien es cierto que hay una diferencia relevante, cual es que el art. 40 (y a mi parecer también el 41) permite la extinción una vez adoptada la decisión empresarial, mientras que el art. 50 requiere de la presentación de una demanda en sede judicial y la declaración del juzgador de extinguirse la relación contractual laboral por un incumplimiento cualificado del empleador. A mi parecer, hay algunas imprecisiones en la sentencia respecto a la comparación del art. 40 con el art. 50, al referirse a que en ambos casos la extinción del contrato respondería a causas objetivas (así lo dice el apartado 40, refiriéndose a que tal tesis "... se desprende ... del auto de remisión ..."), siendo más correcto a mi parecer, y que enlaza perfectamente con la tesis de la sentencia de 11 de noviembre de 2015 (C-422/14), que la equiparación, la comparabilidad, puede hacerse con los arts. 51 y 52 de la LET (y desde luego también con el art. 41), en cuanto que las causas de extinción son las mismas (económicas, técnicas, organizativas o de producción), aunque obviamente con diferente intensidad, que las previstas para que un empleador puede adoptar la decisión concreta de movilidad geográfica (traslado) de su personal.

X. Doctrina básica

La tesis más relevante de la sentencia analizada en este artículo es sin duda la manifestación de encontrarnos ante una extinción que, si bien es formalmente llevada a cabo por el trabajador, encuentra su razón de ser real en algún incumplimiento grave del empleador que le obliga a aquel a tomar tal decisión. Es decir, es una decisión plenamente involuntaria, por lo que no existe razón alguna para no equiparar esta resolución contractual a las que se producen, según la normativa francesa cuestionada, "a iniciativa del administrador judicial, del administrador concursal o del empresario de que se trate".

Conocemos en el apartado 49 la tesis del gobierno francés para justificar la conformidad a la normativa comunitaria de la nacional cuestionada tal como la ha interpretado el TS, cual sería "la necesidad de continuación de la actividad de la

empresa, mantenimiento del empleo y liquidación del pasivo”, de tal manera que la resolución a iniciativa de los trabajadores “ que tienen lugar con posterioridad a la fecha de apertura del procedimiento de administración judicial no responden a esas necesidades”.

Con precisión, que comparto plenamente, el TJUE rechaza esta tesis volviendo a su argumentación anterior sobre la inexistencia de voluntariedad real en la decisión de los trabajadores de solicitar la resolución de sus contratos, ya que ello ha sido debido únicamente a los incumplimientos graves por parte del empleador, no pudiendo ocultar las “necesidades” mencionadas por el gobierno francés la finalidad social de la Directiva, cuál es, poniendo en relación el art. 1 con el considerando 3, “garantizar a todos los trabajadores asalariados un mínimo de protección a escala de la Unión en caso de insolvencia del empresario, mediante el pago de los créditos impagados que resulten de contratos o de relaciones laborales”

XI. Parte dispositiva

Por todo lo anteriormente expuesto, el TJUE declara que la Directiva 2008/94/CE debe interpretarse en el sentido de que “se opone a una normativa nacional que prevé la cobertura de los créditos impagados de los trabajadores asalariados que resulten de contratos de trabajo o de relaciones laborales mediante el régimen nacional que asegura el pago de los créditos de los trabajadores asalariados por una institución de garantía, establecido con arreglo al artículo 3 de esa Directiva, cuando la resolución del contrato de trabajo se produce a instancia del administrador judicial, del administrador concursal o del empresario de que se trate, pero excluye la cobertura de tales créditos por dicha institución de garantía cuando el trabajador en cuestión ha comunicado a la empresa la resolución de su contrato de trabajo debido a incumplimientos suficientemente graves por parte de su empresario para impedir la continuidad de dicho contrato y un órgano jurisdiccional nacional ha considerado que esta comunicación está justificada” (la negrita es mía).

§ 23 Las bajas voluntarias inducidas por la empresa computan en los despidos colectivos y activan la obligación empresarial de consultas con los representantes de los trabajadores.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: La obligación del periodo de consultas nace para la empresa cuando adopta una decisión empresarial de reestructuración que puede afectar al empleo superando los umbrales legales, debiendo desde el inicio la empresa tener en cuenta las posibles bajas voluntarias que sean directa consecuencia de tal decisión por haber sido inducidas o fomentadas por la empresa. La obligación no nace después de que se ha producido la reducción del volumen de empleo a iniciativa empresarial, sino con carácter previo, porque dicha reducción es el objeto del periodo de consultas soslayado.

Palabras clave: Periodo de consultas. Directiva. Despido colectivo. Cómputo de las bajas voluntarias inducidas o gestionadas por la empresa.

Abstract: The obligation of the consultation period arises for the company when it adopts a business restructuring decision that may affect employment exceeding the legal thresholds and must consider from the beginning any voluntary dismissals that are a direct consequence of such decision because they have been induced or encouraged by the company. The obligation does not arise after the reduction in the volume of employment at the company's initiative has taken place, but beforehand, because this reduction is the object of the avoided consultation period.

Keywords: Consultation period. Directive. Collective redundancy. Calculation of voluntary redundancies induced or managed by the company.

I. Introducción

EL TJUE se pronuncia de nuevo sobre algunos aspectos del despido colectivo y, en concreto, sobre el momento preciso en que debe procederse al periodo de consulta con los representantes de los trabajadores. De modo implícito se pronuncia también sobre el cómputo de los umbrales y la inclusión en ellos de las bajas voluntarias de trabajadores cuando la empresa que procede al despido es quien ha gestionado su recolocación con carácter previo a la baja efectiva.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

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

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 22 de febrero de 2024.

Tipo y número procedimiento: cuestión prejudicial, asunto C-589/22.

ECLI:EU:C:2024:155

Fuente: Curia.

Ponente: Excmo. Sr. D. F. Biltgen.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La empresa demandada se dedica a la gestión y explotación de hoteles. Tenía 43 trabajadores desarrollando sus funciones en las oficinas centrales. En septiembre de 2019 comunica al Juzgado de lo mercantil el inicio de negociaciones para ver si alcanza un acuerdo de refinanciación con sus acreedores. En diciembre de 2019 la empresa alcanza un acuerdo para dejar de gestionar 7 hoteles, resolviendo los contratos de arrendamiento y devolviéndolos a sus sociedades propietarias, todas ellas pertenecientes a un Grupo empresarial, una de cuyas empresas pasa de inmediato a explotar y gestionarlos, pactándose la subrogándose en los contratos de trabajo del personal de dichos hoteles a partir de enero de 2020. En el marco de estas circunstancias, la empresa manda una comunicación a sus trabajadores de las oficinas centrales (no traspasadas) en el que pone de manifiesto que la nueva encargada de la explotación de los hoteles, al sufrir un incremento de la carga de trabajo en sus servicios comunes, puede necesitar cubrir 10 puestos de trabajo en sus servicios comunes, por lo que si alguien está interesado podía entrevistarse con los responsables del grupo empresarial que había asumido los hoteles para recolocarse. Consecuencia de estas entrevistas, 9 trabajadores causaron baja voluntaria en la empresa demandada suscribiendo nuevos contratos con la nueva empresa gestora de los hoteles en los que se reconocían las mismas condiciones de antigüedad, categoría y retribuciones, haciendo constar que no se trataba de una subrogación empresarial "al haber venido la contratación precedida de la extinción de su relación laboral con el anterior empresario".

El 31 de enero de 2020 la empresa demandada comunicó el despido objetivo a 9 trabajadores de las oficinas centrales por causas organizativas y productivas. Tras los despidos la plantilla queda reducida a 23 trabajadores. Es decir, de las 43 personas iniciales, posteriormente se extinguieron 11 contratos, de 2 trabajadores no constan los motivos, y 9 personas por bajas voluntarias y apenas un mes después, la empresa procede al despido de 9 personas trabajadoras, dos de ellas son las que interponen demanda por entender que en estas circunstancias en realidad se habría producido un despido colectivo sin seguir los requerimientos legales y soslayando el periodo de consultas.

El Juzgado de lo social desestima la demanda y declara la procedencia de los despidos objetivos al entender que no se superaban los umbrales para proceder al despido colectivo. Interpone recurso de suplicación ante el TSJ Islas Baleares, la sala de lo social se cuestiona si a efectos del cálculo del número de despidos las bajas voluntarias facilitadas por el empresario se deben o no asimilar a los despidos y deben considerarse extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa del empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador si al menos afectan a 5 trabajadores. Considera que en general las bajas voluntarias no se pueden considerar incluidas pero que, a la vista de la doctrina de los asuntos *Pujalte Rivera*, *Ciupa* y otros y el asunto *AEK*, en realidad las referidas bajas son favorecidas por la empresa en un contexto de crisis y de reestructuración de la empresa por lo que no puede decidirse que sean tan voluntarias y negarse que no sean a iniciativa empresarial. En estos casos, cuando en una situación de crisis un empresario proyecta la salida de un número de trabajadores que podría superar (y que acabo superando) el límite establecido para el despido colectivo, pero sin cumplir las obligaciones de notificación y consulta, en puridad menoscaba el efecto útil de la

Directiva 98/59 y las bajas voluntarias debieran considerarse extinciones asimiladas a despido y calcularse en el número de despidos. Suspende el juicio y pregunta por ello al TJUE dos cuestiones prejudiciales concretas:

- El art 2 de la Directiva 98/59/CE ¿Debe interpretarse en el sentido de que las obligaciones de consulta y notificación que constituyen el efecto útil de la directiva nacen desde el momento en que la empresa, en el marco de un proceso de reestructuración, proyecta extinciones de contratos de trabajo que pueden superar en número al límite establecido para los despidos colectivos con independencia de que, finalmente, el número de despidos o extinciones asimilables no alcance tal umbral al haberse conseguido reducir ese número por medidas empresariales adoptadas sin consulta previa con los representantes de los trabajadores?
- El último párrafo del apartado 1 del art. 1 de la Directiva 98/59/CE ¿Incluye, en un contexto de crisis en el que es previsible una reducción de plantilla con inclusión de despidos, las bajas de trabajadores propuestas por la empresa, no pretendidas pero aceptadas por aquellos una vez obtenida la oferta firme de incorporación inmediata a otra empresa, habiendo sido la empleadora la que gestionó con esa otra empresa la posibilidad de que sus trabajadores mantuvieran entrevistas con vistas a su posible contratación?

IV. Posición de las partes

La empresa demandada en el litigio principal alegaba que las bajas voluntarias no podían computarse a los efectos de calcular el número de despidos o extinciones asimilables, por lo que no se superaban los umbrales que obligan a seguir los tramites del despido colectivo. Además, mantenía que su decisión de despedir a nueve trabajadores por causas objetivas no tuvo en cuenta el resultado del proceso de entrevistas, fue transparente y voluntario y solo se acogieron al proceso los trabajadores que lo consideraron conveniente. Los despidos objetivos responden a las necesidades organizativas y productivas una vez que el grupo empresarial se hizo cargo de parte de su plantilla.

Los trabajadores demandantes entienden que debió seguirse el trámite de despido colectivo al existir más de 5 extinciones asimiladas que debieron sumarse a los 9 despidos objetivos.

V. Normativa aplicable al caso

- Directiva 98/59, art. 1.1 (concepto de despido colectivo) y art. 2 (información y consulta a los representantes de los trabajadores).

VI. Doctrina básica

Aunque las bajas voluntarias reales del personal de una empresa desvinculadas de decisiones empresariales estratégicas sobre la gestión y explotación de su actividad no computan para determinar los umbrales de extinciones del despido colectivo, no ocurre lo mismo cuando se incentivan por la empresa en el marco de una reestructuración empresarial de la que, necesariamente, van a derivar despidos.

VII. Parte dispositiva

El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que la obligación de consulta que establece nace desde el momento en el que el empresario, en el marco de un plan de reestructuración, se plantea o proyecta una disminución de puestos de trabajo cuyo número puede superar los umbrales de supresión de puestos establecidos en el artículo 1, apartado 1, letra a), de dicha Directiva y no en el momento en el que, tras haber adoptado medidas consistentes en reducir ese número,

el empresario tiene la certeza de que va a tener que despedir efectivamente a un número de trabajadores superior a dichos umbrales.

VIII. Pasajes decisivos

- “El procedimiento de consulta previsto en el artículo 2 de la Directiva 98/59 debe ser iniciado por el empresario en el momento en el que se haya adoptado una decisión estratégica o empresarial que lo obligue a plantearse o a proyectar despidos colectivos”.

- “La decisión de iniciar conversaciones sobre la cesión de la actividad de gestión y de explotación de esos siete establecimientos puede considerarse una decisión estratégica o empresarial que obligaba a la demandada en el litigio principal a plantearse o a proyectar despidos colectivos”.

- (La demandada) “sabía que la cesión de la gestión de dichos establecimientos iba a suponer un aumento de la carga de trabajo para Amla Explotaciones que requeriría la contratación de diez nuevos trabajadores, razón por la cual preguntó a los miembros de su plantilla que trabajaban en las oficinas centrales si estaban dispuestos a entrevistarse con los responsables del Grupo Globales. Por consiguiente, podía suponer que ella iba a sufrir una disminución de la carga de trabajo de la misma magnitud o de una magnitud similar al incremento de la carga de trabajo que iba a experimentar Amla Explotaciones”.

- “La decisión de ceder la actividad de gestión y de explotación de los siete hoteles a Amla Explotaciones implicaba necesariamente, para la demandada en el litigio principal, la previsión de despidos colectivos”.

- “Dado que una decisión que implicaba una disminución significativa del número de hoteles gestionados y explotados por la demandada en el litigio principal podía dar lugar a una reducción igualmente significativa de su actividad y de la carga de trabajo en sus oficinas centrales y, por tanto, del número de trabajadores que necesitaba, es evidente que la marcha voluntaria de un determinado número de trabajadores a la sociedad que se hacía cargo de una parte de la actividad cedida podía evitar despidos colectivos”.

IX. Comentario

La esencia del asunto que debe clarificar el TJUE reside en determinar si una empresa, que ha dejado de gestionar varios hoteles en el marco de un proceso de reestructuración, está sometida a la obligación de consulta preceptuada en el art. 2.1 de la Directiva 98/59. Este precepto señala que “cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo”. Y para que se considere que existe un despido colectivo a los efectos de la Directiva, el art. 1 señala que serán aquellos “despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros” supere un determinado umbral y teniendo en cuenta que a los efectos del cálculo del número de despidos se deben incluir y computar también “las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5”.

Sobre esta base la cuestión es si cuando una empresa proyecta “una disminución de puestos de trabajo cuyo número puede superar los umbrales establecidos para estar comprendida en el concepto de «despidos colectivos»” debe iniciar el periodo de consultas o si sólo es procedente dicho periodo de consultas “en el momento en el que, tras haber adoptado medidas consistentes en reducir ese número, el empresario tenga la certeza de que va a tener que despedir efectivamente a un número de trabajadores superior a los umbrales fijados por esta última disposición”. Esto es, si la decisión empresarial que acciona el procedimiento de despido colectivo solo debe valorarse cuando se tiene ya la certeza del número de personas que tiene que

despedir efectivamente, sin que se tengan en cuenta las extinciones producidas con carácter previo por voluntad de los trabajadores, aunque la causa por la que extinguieron fuera la misma reestructuración y su salida fuera facilitada por la propia empresa, o si, por el contrario, se activa la obligación de consulta cuando se sabe desde el inicio que se van a tener que reducir los efectivos como consecuencia del proceso de reestructuración y las bajas voluntarias, en puridad, son una vía más -menos traumática- para proceder a completar la reestructuración y proceder a la reorganización del personal. Las cuestiones planteadas por el TSJ español están muy imbricadas pues lo primero que pregunta es (i) cuál es el momento a tener en cuenta para determinar el número de personas afectadas por la decisión empresarial e iniciar entonces el proceso de consulta con los representantes de los trabajadores y lo segundo (ii) es si en el cómputo se incluyen las bajas incentivadas por el empresario en el marco de una situación empresarial de reestructuración o no. El TJUE responde a lo primero (momento de activación de las consultas), pero no expresamente a lo segundo (bajas voluntarias incentivadas empresarialmente), aunque lo haga implícitamente. De este modo, concluye (i) que el momento a tener en cuenta para iniciar el proceso de despido colectivo es cuando se adopta la decisión estratégica de modificar sustancialmente la actividad empresarial, evento anterior a facilitar la extinción voluntaria de los trabajadores y su nueva contratación, precisamente, en el grupo empresarial que facilitó la reestructuración (haciéndose cargo de la gestión de varios de los hoteles que antes gestionaba la empresa demandada). Si el momento es anterior y el fallo concluye que no llevar a cabo procedimiento de consultas en este caso es contrario a la Directiva sobre despido colectivo, (ii) lo que nos dice el TJUE básicamente es que las bajas voluntarias “facilitadas” por la empresa debieron computarse (ya que solo así se podría estar por encima del umbral).

La motivación del TJUE es bastante cartesiana. La obligación del empresario de llevar a cabo las consultas nace con anterioridad a su decisión de extinguir contratos de trabajo pues sólo en ese momento anterior el objetivo del periodo de consultas con los representantes -reducir o evitar los despidos- tiene sentido (doctrina consolidada). Claro el problema es cuál es el momento exacto y adecuado para saber que necesitas, o no, consultar con los representantes, ya que el TJUE también ha afirmado que hacerlo en un momento excesivamente prematuro puede abocar al efecto contrario y boomerang de restringir la flexibilidad de las empresas para reestructurarse, además de provocar una inquietud a los trabajadores sobre su empleo, a lo mejor innecesaria e inútil, por ejemplo, si finalmente no hay extinciones.

Para el TJUE, el que denominaríamos momento procesal oportuno para calcular el umbral de despidos y la necesidad de un periodo de consultas, es aquel es que la empresa “haya adoptado una decisión estratégica o empresarial que lo obligue a plantearse o a proyectar despidos colectivos”, lo que también sabíamos por decisiones anteriores. En concreto, en el asunto *Ciupa* (TJUE 21-9-2017, C426/16) aclaraba el TJUE que las extinciones de contrato de trabajo producidas por iniciativa del empresario se equiparaban a los despidos y que, por ello, cuando es el empresario quien procede a una modificación unilateral y sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio de los trabajadores, que provoca la extinción del contrato del trabajador cuando éste no las acepta, estas extinciones deben computarse a los efectos de los umbrales de las consultas de los despidos colectivos. Asimismo, en el asunto *AEK* y otros (STJUE 10-9-2009, C-44/08), donde se examinaba el momento en que nace la obligación de consultas para una de las filiales de un grupo de empresas, se declaraba que para la empresa filial que tiene la condición de empresario, la obligación solo nace cuando se identifica que es ella la que puede llevar a cabo los despidos. En ambos casos se trataba de decisiones empresariales que no estaban dirigidas directamente a poner fin a relaciones laborales específicas, pero que, no obstante, podían repercutir en el empleo de un determinado número de trabajadores. Lo mismo pasaba en este caso. Como el objeto de consultas es intentar evitar o reducir despidos, cuando el empresario conoce la magnitud de la decisión de reestructuración y que como consecuencia de esta se van a afectar empleos de modo directo o indirecto, por una misma causa desencadenante, debió proceder a las consultas con los representantes.

En el presente caso, el hecho de que la empresa redujera sustantivamente la gestión directa de sus hoteles en breves meses (pasando de 20 a 7), que además celebrara en diciembre un acuerdo con un grupo empresarial de 7 de ellos para desprenderse de su gestión a partir de enero de 2020, permite inferir sin dificultad que toda esa reestructuración traería consecuencias en el empleo de las oficinas centrales, cuya plantilla estaba pensada para gestionar los 20 hoteles que dejaba de gestionar a partir de enero de 2020. Inferencia que la empresa realizó sin dificultad al proponer a sus trabajadores la baja voluntaria de hasta 10 personas trabajadoras que era lo que parecía que necesitaba el grupo empresarial que se haría cargo de una actividad incrementada al asumir nuevos hoteles. Por ello debió en ese momento, antes de las bajas, iniciar el periodo de consultas, porque en ese momento ya existía una decisión empresarial estratégica que afectaría (o podría afectar) al empleo por encima de los umbrales legales. En palabras del TJUE “habida cuenta de la magnitud de la modificación de la actividad de gestión y de explotación así emprendida y de las consecuencias razonablemente previsibles en lo que respecta a la carga de trabajo en sus oficinas centrales, la decisión de iniciar conversaciones sobre la cesión de la actividad de gestión y de explotación de esos siete establecimientos puede considerarse una decisión estratégica o empresarial que obligaba a la demandada en el litigio principal a plantearse o a proyectar despidos colectivos”; es más, “la demandada en el litigio principal sabía que la cesión de la gestión de dichos establecimientos iba a suponer un aumento de la carga de trabajo para Amla Explotaciones que requeriría la contratación de diez nuevos trabajadores, razón por la cual preguntó a los miembros de su plantilla que trabajaban en las oficinas centrales si estaban dispuestos a entrevistarse con los responsables del Grupo Globales. Por consiguiente, podía suponer que ella iba a sufrir una disminución de la carga de trabajo de la misma magnitud o de una magnitud similar al incremento de la carga de trabajo que iba a experimentar Amla Explotaciones”.

Vamos, que podía haberse consultado con los representantes la reducción de empleo la recolocación producida y favorecida por la empresa también de haber intervenido los representantes. Para el TJUE, permitir que algunos de sus trabajadores se vincularán contractualmente con la nueva empresa que se quedaba con los hoteles, se solapa con el objeto de las consultas en tanto es un medio para reducir el número de despidos individuales: “es evidente que la marcha voluntaria de un determinado número de trabajadores a la sociedad que se hacía cargo de una parte de la actividad cedida podía evitar despidos colectivos”. Por ello al ser posible que se afectara a un número de trabajadores superior al precisado por los umbrales, la empresa debió iniciar el periodo de consultas con carácter previo a proceder a las extinciones “voluntarias” incentivadas y facilitadas por la empresa y no en un momento posterior tras reducir volumen de trabajo por vías distintas a la extinción empresarial en sentido estricto. En palabras del TJUE “la obligación de consulta nace desde el momento en el que el empresario, en el marco de un plan de reestructuración, se plantea o proyecta una disminución de puestos de trabajo cuyo número puede superar los umbrales de supresión de puestos establecidos” por la Directiva y “no en el momento en el que, tras haber adoptado medidas consistentes en reducir ese número, el empresario tiene la certeza de que va a tener que despedir efectivamente a un número de trabajadores superior a dichos umbrales”.

El resumen de todo ello es que los empresarios no pueden buscar remedios por su cuenta para rebajar el número de personas afectadas en un despido por causas empresariales, para soslayar la obligación comunitaria y nacional. De admitirse tal posibilidad, en puridad, lo que se desvanecería es el efecto útil de la Directiva ya que todos los empresarios buscarían encajes y vías para que no se alcanzaran los umbrales y proceder a despidos objetivos plurales cuando ya se han rebajado los mismos. Bastaría, por así decirlo, pagar a una empresa de recolocación, proceder a bajas voluntarias y con el resto del personal comenzar despidos objetivos sin consultas por haber logrado reducir el número de trabajadores afectados. Finalidad loable, pero para la que la intervención colectiva constituye un elemento clave de participación y gestión ya que, a lo mejor, en la mesa de negociación los representantes podían haber propuesto ofrecer sus servicios para gestionar los

hoteles que se traspasaban y no solo no reducir personal sino, en su caso, aumentarlo en esa parcela de actividad, por ejemplo.

Pero, entonces, ¿las bajas voluntarias computan o no computan? El TJUE responde indirectamente: “habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial, no procede responder a la segunda”. Sin embargo, ha respondido. Se computan, porque sólo si se incluyen estaríamos ante el supuesto de despido colectivo. Pero exclusivamente deben computarse en casos como el analizado, cuando presenten una clara conexión con la causa inicial (decisión de reestructuración o reorganización empresarial) y puedan calificarse de bajas “a iniciativa del empresarial”. En el caso, los trabajadores, viendo el panorama, las decisiones, la reducción de la actividad empresarial a pasos agigantados, pensaron, con razón a la vista de las circunstancias, que podría comenzar la reducción de puestos de trabajo y peligrar el suyo, por lo que seguir haciendo lo mismo en otra empresa que conservaba absolutamente todas sus condiciones incluida la antigüedad, les otorgaba una seguridad de la que no disponían quienes se quedarán, como de inmediato acaeció. Las bajas voluntarias incentivadas por la empresa en el marco de procesos de ERE, entonces, queda claro que computan a efectos de la Directiva.

En este sentido, conviene señalar que el pronunciamiento del TJUE se alinea con una sentencia previa del TS, Sala de lo Social, núm. 558/2023, de 19-9-2023, rec. 61/2023, en donde ya se afirmaba que las bajas “inducidas” (lo mismo que en este caso) debían contar para los umbrales del ERE porque no se trataría de una decisión libre de los empleados, sino de dimisiones a iniciativa empresarial, supuesto que difícilmente puede equipararse a las extinciones producidas por “motivos inherentes” a los trabajadores que si quedan fuera del cómputo. Los despidos que computan son “por iniciativa” del empresario, se efectúan por el empresario, mientras que las extinciones que se asimilan a los despidos a efectos del cálculo son “a iniciativa” del empresario. Y “no se computan” los despidos que tengan su causa en “motivos inherentes a la persona del trabajador”, es decir, los despidos debidos a circunstancias personales del trabajador, así como aquéllos relacionadas con su conducta, lo que no es el caso examinado.

- § 24 **Ampliación por el órgano judicial del plazo procesal para la consignación o aseguramiento de la condena y derecho de acceso al recurso de suplicación. Proporcionalidad y respeto del principio de confianza legítima en el control de los plazos procesales por los tribunales. Bondades e incertidumbres de una nueva doctrina constitucional.**

Juan Martínez Moya

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

Resumen: El Tribunal Constitucional afronta un caso que califica de novedoso: el Juzgado de lo Social, por decisión de la Letrada de la Administración de Justicia, amplió el plazo de subsanación a la empresa recurrente para que pudiera completar la consignación de la cantidad objeto de condena, requisito necesario para acceder al recurso de suplicación. La empresa realiza el aseguramiento dentro de ese plazo adicional y se da trámite al recurso de suplicación elevándose los autos al Tribunal funcionalmente competente. El Tribunal ad quem -la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia-, inadmite el recurso al considerar que se incumplió el plazo procesal al entender que el control del cumplimiento de los plazos procesales es cuestión de orden público procesal. La empresa, tras ver inadmitido el recurso de casación para unificación de doctrina por falta de contradicción, acude en amparo al TC, por vulneración del artículo 24 de la Constitución, que estima su demanda y anula las decisiones judiciales que inadmitieron los recursos.

Palabras clave: Ampliación del plazo. Derecho al recurso. Tutela judicial. Consignación.

Abstract: La Cour Constitutionnelle est confrontée à un cas qu'elle qualifie de nouveau : le Tribunal de première instance, par décision du greffier, a prolongé le délai de rectification pour la entreprise requérante afin qu'elle puisse achever la consignation du montant soumis à condamnation, condition nécessaire pour accéder à la ressource de supplication. L'entreprise réalise l'assurance pendant ce délai supplémentaire et le recours est traité en soumettant le cas au tribunal fonctionnellement compétent. La Cour ad quem - la Chambre sociale de la Cour supérieure de justice - rejette le recours estimant que le délai de procédure n'a pas été respecté, étant entendu que le contrôle du respect des délais de procédure relève de l'ordre public procédural. L'entreprise, après avoir vu le recours pour l'unification de la doctrine irrecevable pour manque de contradiction, s'adresse au TC pour obtenir protection, pour violation de l'article 24 de la Constitution, qui fait droit à sa demande et annule les décisions judiciaires qui ont déclaré irrecevables les recours.

Keywords: Prolongation du délai. Droit de recours. Protection judiciaire. Consignation. Confiance légitime.

I. Introducción

“Un caso novedoso en la materia”, “una cuestión que, a juicio este tribunal merece un pronunciamiento”. Estas dos llamativas afirmaciones que se emplean en la sentencia del Tribunal Constitucional 3/2024, de 15 de enero sugieren y justifican su comentario.

En el contexto de una ejecución de una sentencia firme por despido firme, frente al auto que desestimó un recurso de reposición y confirmó la extinción de la relación laboral, la empresa ejecutoriamente condenada intenta el recurso de suplicación que finalmente es inadmitido por la Sala de lo Social del TSJ al apreciar extemporaneidad en el cumplimiento de la obligación de consignación o aseguramiento de la cantidad objeto de condena para recurrir. Hasta aquí la explicación de un caso que resuelve una incidencia nada infrecuente en la tramitación de los recursos por parte de los órganos de la jurisdicción social. Ahora bien, la “novedad” y también la “paradoja” – término también empleado en la citada sentencia constitucional- de la cuestión que justifica la trascendencia constitucional de la situación planteada, reside en la circunstancia de que la parte recurrente (la empresa) había cumplimentado su obligación dentro del plazo concedido por la letrada de la administración de justicia (en adelante, LAJ) quien, atendiendo a las circunstancias concurrentes, decidió la ampliación del mismo (en cinco días más para subsanar a los efectos de completar la consignación, y más concretamente, para realizar gestiones tendente para completar el aval), y dicha resolución no fue impugnada de contrario.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional.

Número de resolución judicial y fecha: núm. 3/2024, 15 de enero de 2024

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de amparo, rec. 8216/2021

ECLI:ES:TC:2024:3

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Laura López Bueso.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Cuestión litigiosa

Consiste en determinar si vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho al acceso al recurso, la decisión judicial contenida en la sentencia dictada por la Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia que inadmitió un recurso de suplicación frente a un auto, que desestimó a su vez un recurso de reposición frente a otro auto dictado en ejecución de una sentencia firme por despido. La Sala de lo Social del TSJ inadmitió el recurso de suplicación formalizado por la empresa por haber incumplido el plazo procesal para completar el aseguramiento a través de aval. Se daba la circunstancia de que dicho plazo para completar el aval fue ampliado en cinco días por el órgano judicial competente – a través de diligencia de ordenación de la LAJ -, y la parte contraria se aquietó a dicha ampliación del plazo no agotando todas las posibilidades de recurso, y deviniendo por tanto firme, sin que se constataste la existencia de fuerza mayor.

2. Antecedentes procesales

-Ante el Juzgado de lo Social:

La empresa recurrente en amparo, junto a otra mercantil codemandada, a la que había sucedido en la contrata, fue condenada solidariamente por despido nulo en virtud de sentencia a la readmisión inmediata del trabajador en su puesto de trabajo con abono de los salarios de tramitación.

El trabajador despedido solicitó la ejecución de la sentencia, al no haber procedido ninguna de las empresas a su readmisión.

En el marco de un incidente de no readmisión el trabajador pidió la declaración de readmisión irregular y la extinción de la relación laboral con abono de la correspondiente indemnización, o subsidiariamente, la ejecución en sus propios términos de la sentencia.

El Juzgado de lo Social núm 3 de los de León se dictó auto en fecha 8 de octubre de 2019, en el procedimiento nº 93/18 seguido a instancia de D. Dimas contra González Fierro SA y Babé y Cía SL, sobre ejecución de títulos judiciales, que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra el anterior de fecha 16 de agosto de 2019 que había declarado extinguida la relación laboral del actor, condenando a las empresas ejecutadas a abonarle sendas cantidades en concepto de indemnización por despido y de daños y perjuicios, sin perjuicio de determinados descuentos por cantidades anticipadas, más el abono de los correspondientes salarios de tramitación.

-Ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia

Dicha resolución fue recurrida en suplicación por la parte demandada. Por sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid, en fecha 19 de octubre de 2020^[1], se declaró la inadmisión del recurso interpuesto y, en consecuencia, declaraba la firmeza de los autos impugnados. En el fundamento de dicha resolución de suplicación se indicaba que el Juzgado de lo Social no debió admitir el recurso de suplicación por haber completado el aval la empresa recurrente durante el periodo de ampliación del plazo para completar el aval, cuando la duración de los plazos es una cuestión de orden público procesal indisponible para las partes y que vincula también a los tribunales.

- *Ante el Tribunal Supremo (Sala de lo Social)*

La empresa al ver inadmitido el recurso de suplicación, acudió en casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada. Por Auto del TS (Social) de 10 de noviembre de 2021 núm. 14773/2021 se declaró la inadmisión del recurso por falta de contradicción, declarándose firme la sentencia de instancia.^[2]

- *Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*

La empresa que vio inadmitidos sus recursos, plantea recurso de amparo contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, de 19 de octubre de 2020, que inadmitió el recurso de suplicación núm. 1257-2020 formulado por dicha mercantil, y contra el auto de 10 de noviembre de 2021, de inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina núm. 3948-2020 presentado contra la anterior resolución, dictado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

IV. Posición de las partes

1. La empresa recurrente en amparo y ejecutada en el proceso

(a) Pide la nulidad de las mencionadas resoluciones por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en sus vertientes del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y del derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, en relación con el derecho a no ser discriminada (art. 14 CE) y al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). (b) Fundamento: considera que su actuación no merece reproche alguno y aún menos la inadmisión por el TSJ de su

recurso de suplicación, pues si la letrada de la administración de justicia erró al ampliar el plazo de subsanación al no concurrir fuerza mayor, la demandante no solo cumplió el nuevo plazo, sino que lo hizo en la confianza legítima de que su comportamiento era ajustado a derecho. (c) Sostiene que el derecho a la intangibilidad (*art. 24.1 CE*) actúa como límite que impide a los tribunales revisar las resoluciones judiciales firmes, salvo en supuestos taxativamente previstos por ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad se entendiera que la decisión no era ajustada a la legalidad. (d) En conclusión, desde el momento en el que se le reconoció por la letrada de la administración de justicia la concesión de una ampliación del plazo, y la resolución que contenía esa decisión devino firme, se debería tener la certeza de que tal decisión no va a poder ser reexaminada de nuevo. (e) Añade que en este caso se ha visto afectado el derecho a la no discriminación (*art. 14 CE*), en tanto que una resolución judicial que inadmite un recurso por incumplimiento de un plazo, cuando previamente ha sido la propia administración de justicia la que ha otorgado ese plazo al administrado, estaría discriminando de forma arbitraria a quienes siguen las instrucciones de la administración de justicia frente a los demás administrados que sí pueden acceder a los recursos.

2. El trabajador ejecutante

(a) Interesa que se dicte resolución desestimatoria por la falta de cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la demanda de amparo; concretamente, por la insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso y el defectuoso agotamiento de la vía judicial previa, al haberse interpuesto un recurso de casación para la unificación de doctrina improcedente y haber omitido el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones ante el Tribunal Superior de Justicia al que se atribuye la lesión del derecho fundamental [*art. 44.1 a) LOTC*]. (b) En cuanto al fondo del asunto, señala que se ha distorsionado el debate con cuestiones procesales, pues desde el inicio concurría una notoria voluntad de la demandante deliberadamente rebelde al cumplimiento de los requisitos de admisión relacionados con el cumplimiento de las cargas procesales de consignación del importe de la condena, y que respondía a una estrategia dirigida a la claudicación del trabajador. (c) Insiste en que en este caso no puede apreciarse ningún género de indefensión material a resultas del dictado de la diligencia de ordenación de 17 de diciembre de 2019, pues la confianza legítima y el derecho a la intangibilidad ex *art. 24.1 CE* se puede predicar de decisiones judiciales firmes, pero no de una resolución interlocutoria cuya revisión no se agota ante el órgano judicial de instancia, sino que puede ejercitarla el tribunal de suplicación con una decisión de inadmisión.

3. El Ministerio Fiscal

(a) Interesa la estimación de la demanda de amparo por entender que, conforme a la doctrina constitucional, cuando se alega vulneración de la tutela judicial efectiva por la inadmisión de un recurso que ha sido planteado siguiendo las indicaciones del órgano judicial, que luego se revelan erróneas, tal error sería excusable (*STC 241/2006 de 20 de julio* , FJ 3). En este caso, aunque haya sido equivocada la concesión de la ampliación del plazo para proceder a la consignación necesaria para la admisión del recurso de suplicación, tal patente error judicial no debe producir efectos negativos en la esfera de la demandante, dado que se trata de un error excusable. (b) Entiende que el trabajador ejecutante no actuó con toda la diligencia que le era exigible, dado que, si bien es cierto que se opuso en el trámite ante el órgano superior a la admisión del recurso, solo impugnó en reposición la diligencia de ordenación de 17 de diciembre de 2019, en la que se otorgaba a la demandante de amparo nuevo plazo para recurrir, y no el decreto de 7 de julio de 2020 que confirmaba dicha diligencia, aquietándose pues con la confirmación hecha en el decreto al no recurrir este.

V. Normativa aplicable al caso

- Artículo 24 de la Constitución sobre el derecho de acceso a los recursos, alcance de la indicación errónea sobre los mismos y el derecho a la

intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. En el caso, la STC unifica en un solo motivo del artículo 24 CE las infracciones constitucionales que se contienen en la demanda de amparo sobre infracción del derecho a la no discriminación (art. 14 CE) y del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al entenderlas conectadas con el acceso al recurso y la inmodificabilidad, por lo que hemos entendido que existe un único motivo de amparo originado por la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE.

- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:
 - Artículo 49.1 sobre la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo
 - Artículo 44.1 a) sobre el agotamiento de la vía judicial previa
- Artículo 230.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, sobre consignación de cantidades.

VI. Doctrina básica

La decisión de inadmisión del recurso de suplicación por parte del Tribunal Superior de Justicia, con base a la extemporaneidad en el cumplimiento del requisito de consignación (o aseguramiento de la cantidad objeto de condena mediante aval bancario) se califica de irrazonable cuando el cumplimiento de ese requisito del aseguramiento (ex artículo 230.1 LRJS) se lleva a cabo dentro de un plazo adicional conferido por el órgano judicial (a través de decisión de la Letrada de la Administración de Justicia), sin que la parte contraria (el trabajador ejecutante) la recurriera en revisión.

El TC considera que, con independencia de que la ampliación del plazo de subsanación inicialmente dado estuviera o no legalmente justificada (circunstancia que sede constitucional no le corresponde determinar por ser una cuestión de mera interpretación normativa), si el juzgado de lo social acordó otorgar a la parte cinco días más para completar la consignación de la cantidad objeto de condena (requisito necesario para acceder al recurso de suplicación), la decisión de inadmitir el recurso de suplicación con base en el carácter de orden público de los plazos procesales, vulnera el derecho del acceso al recurso al contravenir el artículo 24 de la CE.

Para decidir si se ha conculcado o no el artículo 24 de la CE, también es relevante valorar la conducta procesal de las partes ante esta incidencia. Otorga mucho valor a la conducta diligente de la parte recurrente porque cumplió, dentro del plazo adicional judicialmente concedido, el presupuesto para poder acceder al recurso pretendido. Y en cambio, tiene en cuenta que la parte ejecutante pudo interponer recurso de revisión frente a la decisión de la LAJ de ampliar el plazo de subsanación y no lo hizo, aquietándose ante tal decisión, que solo fue cuestionada ante el Tribunal Superior de Justicia con motivo de la impugnación del recurso de suplicación y cuando la cantidad objeto de condena estaba ya completamente consignada.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Constitucional decide estimar el recurso de amparo planteado por la empresa, y a tal efecto:

1º Estima la demanda de amparo presentada por la mercantil Babé y Cía., S.L., por vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), con reconocimiento de tal derecho.

2º Declara la nulidad de la *sentencia núm. 1483/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, sede en Valladolid, de 19 de octubre de 2020, en el recurso de suplicación núm. 1257-2020*, y el *auto de inadmisión de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictado en el recurso de casación para unificación de doctrina núm. 3948-2020*.

3º Retrotrae el procedimiento al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia en el recurso de suplicación, para que por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, con sede en Valladolid, se dicte una resolución que resulte respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

VIII. Pasajes decisivos

Fundamentos de Derecho

2. Óbices procesales [...]. Como ha quedado señalado, nos encontramos con la denegación del derecho de acceso al recurso por haber apreciado el órgano judicial ad quem la extemporaneidad en el cumplimiento de un requisito legal (el de consignación o aseguramiento de la cantidad objeto de condena para recurrir en suplicación) cuando la parte había cumplimentado su obligación dentro del plazo concedido por la letrada de la administración de justicia quien, atendiendo a las circunstancias concurrentes, decidió la ampliación del mismo, resolución que no fue impugnada de contrario. Así, se plantea una cuestión que a juicio de este tribunal merece un pronunciamiento, por cuanto se da la paradoja de que cumplimentado debidamente un requisito procesal para el acceso al recurso (concretamente, dentro del plazo concedido por el propio órgano judicial), se tilda después por el órgano judicial superior como no cumplimentado al considerarse incorrecta la decisión de ampliación del plazo acordado en la instancia. A la vista de ello, conviene examinar si la inadmisión de un recurso por incumplimiento de los plazos de subsanación, cuando existe una resolución judicial firme que otorga la ampliación de tal plazo y la parte lo cumplimenta dentro del mismo, vulnera o no el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte que actuó conforme a la misma. Las peculiaridades del actual recurso justifican su admisión a trámite, pues permite resolver un caso novedoso en materia de acceso al recurso [apartado a) del fundamento jurídico 2 de la *STC 155/2009*] o, en cualquier caso, seguir perfilando el alcance del derecho fundamental controvertido [apartado b) del fundamento jurídico 2 citado].

b) El agotamiento de la vía judicial previa al planteamiento del recurso de amparo

Como segundo obstáculo procesal para la admisión del recurso se invoca lo que se entiende que ha sido un inadecuado agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1 a) *LOTJ*], por la interposición de un recurso de casación para la unificación de doctrina improcedente, dado que resultaba notorio el incumplimiento del requisito de contradicción entre las sentencias de contraste necesario en este tipo de recursos, por lo que se debió promover un incidente excepcional de nulidad de actuaciones ex art. 241 *LOPJ* y art. 228.1 *LEC* .

“[...] [En este caso la Sala de lo Social del Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación por auto de 10 de noviembre de 2021 al no apreciar contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, por cuanto en el caso de autos se analiza un proceso de ejecución de una sentencia de despido, mientras que en la de contraste se trataba de una demanda de despido en fase declarativa. Por otra parte, entiende que las situaciones a las que se anudaba la posible infracción y, por tanto, el plazo procesal afectado eran diferentes, lo que le impedía apreciar la divergencia de doctrina. Sin perjuicio de que no debamos entrar a analizar el criterio sostenido por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la resolución a la que acaba de hacerse referencia, que no ha sido recurrida en la demanda de amparo y respecto de la que no se han efectuado alegaciones, es lo cierto que no cabe apreciar un defectuoso agotamiento de la vía judicial previa de acuerdo con nuestra doctrina.

(...) En tales circunstancias, no es posible estimar que la inadmisión del recurso de casación obedeciera a un defecto procesal manifiesto e incontrovertible o, dicho de otro modo, fuera atribuible de forma clara e inequívoca a la falta de diligencia de la parte, sino que el juicio de contraste de las resoluciones pertenece tan solo a la Sala de lo Social del Tribunal y constituye un requisito de fondo y no meramente un requisito procesal, razón por la que procede considerar debidamente agotada la vía judicial previa al recurso de amparo.

Por otra parte (...) debe también desecharse que la falta de promoción de un incidente excepcional de nulidad de actuaciones deba causar la inadmisión de este amparo, dado que dicho remedio extraordinario no era necesario para el correcto agotamiento de la vía judicial previa (...)

3. El derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes (...)

[...] [I]os presupuestos para admitir a trámite un recurso ordinario forman parte del denominado orden público procesal, y el hecho de que el órgano de instancia haya efectuado una determinada interpretación de los mismos no vincula en absoluto al superior (en este caso al Tribunal Superior de Justicia), que puede apreciar la existencia de vicios que hayan podido pasar inadvertidos al juez a quo (en este caso a la letrada de la administración de justicia). Al hacerlo no lesiona el derecho alegado, puesto que se limita a interpretar la legalidad de una manera diferente, sin que tal proceder vulnere la intangibilidad de unas resoluciones que no son suyas y a las que no está vinculado. Siendo así, en el presente caso la decisión del juzgado de lo social de ampliar el plazo para que la demandante de amparo completase la consignación, con la finalidad de resolver la formalización del recurso de suplicación, no impide que el Tribunal Superior de Justicia, mediante una interpretación diferente de la Ley reguladora de la jurisdicción social, tenga otro criterio y rechace dicho recurso por extemporáneo, aunque la consignación se realizara en el tiempo otorgado por el órgano inferior. Ello no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, pues mantener lo contrario llevaría a la conclusión insostenible de que ningún órgano superior puede corregir las decisiones de admisión de aquellos órganos cuyas resoluciones pueden ser recurridas.

4. El derecho de acceso a los recursos y la indicación errónea sobre los mismos

Respecto a la segunda de las vulneraciones invocadas por la demandante, esto es, la del derecho de acceso a los recursos, conviene recordar que es doctrina constitucional constante la de que el sistema de recursos frente a las resoluciones judiciales se incluyen en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (*art. 24.1 CE*) en la concreta configuración que reciba en las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales (por todas, *SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 121/1999, de 28 de junio, FJ 4; 43/2000, de 14 de febrero, FJ 3, y 74/2003, de 23 de abril, FJ 3*), salvo en lo relativo a las sentencias penales condenatorias. Por ello, el control que compete a la jurisdicción constitucional no alcanza a revisar los pronunciamientos referidos a la inadmisión de recursos, al ser esta una cuestión de legalidad ordinaria, salvo en aquellos casos en los que la interpretación o aplicación de los requisitos procesales llevada a cabo por el juez o tribunal resulte arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurra en un error de hecho patente (entre otras muchas, *SSTC 43/2000, de 14 de febrero, FJ 3; 258/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 181/2001, de 17 de septiembre, FFJJ 2 y 3; 74/2003, de 23 de abril, FJ 3, y 158/2006, de 22 de mayo, FJ 4*). En este punto, es del todo aplicable la doctrina constitucional sobre la indicación o advertencia errónea de los recursos procedentes, que recoge y sintetiza la *STC 256/2006, de 11 de septiembre, FJ 6*. En ella declaramos que "[e]sta visión restrictiva de las posibilidades de apreciar una vulneración del derecho de acceso a los recursos, que es la lesión que alega la demandante de amparo, debe ser, sin embargo, precisada con nuestra doctrina en relación con la indicación o advertencia errónea de recursos", dado que "no puede considerarse como manifiestamente improcedente a los efectos de determinar la extemporaneidad del recurso de amparo la interposición por el demandante de amparo [...] de recursos o remedios procesales objetiva y manifiestamente improcedentes cuando la misma sea consecuencia de una errónea indicación consignada en la instrucción de recursos". Como se razona en el fundamento jurídico 3 de la *STC 241/2006, de 20 de julio*, "la instrucción o información errónea acerca de los recursos facilitada por los órganos judiciales, dada la auctoritas que corresponde a quien la hizo constar (*STC 26/1991, de 11 de febrero, FJ 1*), es susceptible de inducir a un error a la parte litigante, que hay que considerar en todo caso excusable [...], pues 'si la oficina judicial [ha] ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables [...] el interesado, aun estando

asistido por expertos en la materia, podría entender por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran ciertas y obrar en consecuencia”.

Pues bien, los mismos fundamentos que consolidan esta doctrina sobre la instrucción de los recursos sirven cuando se trata de decisiones judiciales erróneas relativas a la subsanación de requisitos procesales necesarios para la interposición de los mismos o, como en este caso, de ampliación del plazo para interponerlos. Por ello, este tribunal considera que la decisión de inadmisión del recurso de suplicación por parte del Tribunal Superior de Justicia, con base a la extemporaneidad en el cumplimiento del requisito de consignación (o aseguramiento de la cantidad objeto de condena mediante aval bancario) puede ser calificada como irrazonable. Ciertamente, con independencia de que la ampliación del plazo de subsanación inicialmente dado estuviera o no legalmente justificada, circunstancia que no nos corresponde determinar por ser una cuestión de mera interpretación normativa, lo cierto es que el juzgado de lo social acordó otorgar a la parte cinco días más para subsanar el defecto advertido, esto es, para completar la consignación de la cantidad objeto de condena, requisito necesario para acceder al recurso de suplicación. [...] La forma de actuar de la demandante de amparo pone de manifiesto una conducta diligente, tendente al cumplimiento de todos los requisitos para interponer recurso de suplicación, ya que dentro del plazo concedido judicialmente llevó a cabo el presupuesto para poder acceder al recurso pretendido. Además, es preciso tener en cuenta que la parte ejecutante pudo interponer recurso de revisión frente a la decisión de la letrada de la administración de justicia de ampliar el plazo de subsanación y no lo hizo, aquietándose ante tal decisión, que solo fue cuestionada ante el Tribunal Superior de Justicia con motivo de la impugnación del recurso de suplicación y cuando la cantidad objeto de condena estaba ya completamente consignada. En efecto, aunque se había cumplido ya la finalidad a la que obedece el *art. 230.1 LRJS*, al estar avalada la cantidad adeudada, la parte ejecutante solicitó al Tribunal Superior de Justicia que inadmitiera el recurso de suplicación formulado, por haberse incumplido el requisito de consignación, que se completó fuera del plazo “inicial” de cinco días. Y, accediendo a lo petitionado por la parte recurrida, el Tribunal Superior de Justicia inadmitió el recurso de suplicación formulado por la recurrente en amparo, al considerar que el juzgado no debió admitir el recurso de suplicación “por haber completado Babé y Cía., S.L., el aseguramiento fuera del plazo concedido”. Tal afirmación, en la que la Sala sustentó la inadmisión, carece de la razonabilidad exigible, a la vista de que la parte lo único que hizo fue cumplimentar el requisito procesal de acceso al recurso dentro del plazo otorgado por el órgano judicial a través de la letrada de la administración de justicia, decisión que, como ha quedado dicho, no fue ni siquiera combatida por la contraparte. En suma, concurrieran o no motivos para acordar la ampliación del plazo de subsanación, no resulta razonable que una vez decidida la ampliación en la instancia, y actuando la parte en correspondencia y amparada por tal decisión, posteriormente se revoque esta por el órgano judicial superior negando el cumplimiento temporáneo del presupuesto legal. Por ello, procede apreciar la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva que se denuncia, al haberse denegado irrazonablemente el derecho de acceso al recurso de suplicación de la empresa recurrente en amparo [...].”

IX. Comentario

La Constitución española de 1978 no contiene ninguna referencia expresa acerca del derecho a los recursos. De ahí que tanto la doctrina como la propia doctrina constitucional “hayan volcado su atención sobre el artículo 24 de nuestra norma fundamental”^[3]. Con todo, el Tribunal Constitucional ha reiterado que el derecho al recurso es un derecho de configuración legal; o dicho de otra forma, “que el legislador es libre para determinar, en cada orden jurisdiccional y proceso concreto, los recursos que proceden frente a cada resolución judicial, incluida la privación de cualquier recurso, esto es, la constitucionalidad de las resoluciones firmes ab initio”^[4].

En el marco de esta situación encuadrable general del acceso al recurso, fluyen los siguientes temas:

(1) El concepto de trascendencia constitucional: el supuesto error en la concesión en la ampliación del plazo para cumplimentar el requisito de la consignación o aseguramiento ¿puede perjudicar a la parte que confió legítimamente que actuaba conforme a la ley actuó diligentemente? ¿Supone una vulneración al derecho de acceso a los recursos si se informó o indicó erróneamente sobre los mismos por el órgano judicial? A ambas cuestiones el TC responde, sin ambages, afirmativamente.

(2) El agotamiento de recursos judiciales para viabilizar el recurso de amparo. La inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina por falta de contradicción con relación a la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ que puso fin al recurso por incumplimiento del requisito legal ¿es un requisito procesal o de fondo para entender debidamente agotada la vía judicial previa al planteamiento del recurso de amparo? A ambas cuestiones da cumplida respuesta la sentencia del TC.

(3) Finalmente, en el trasunto decisor navegan, además, tres cuestiones de interés:

(a) El plazo ¿es una cuestión de orden público procesal, indisponible para las partes y que vincula también a los tribunales? En principio sí, pero siempre y cuando no suponga un atentado al principio de proporcionalidad, confianza legítima y medie una conducta diligente en la parte, como así sucedió en el supuesto examinado ya que la empresa cumplió en el plazo adicional conferido el aseguramiento de la condena para recurrir. ¿Pero y si ese plazo es ilegal o erróneo? Pues también, dice el TC, "ciertamente, con independencia de que la ampliación del plazo de subsanación inicialmente dado estuviera o no legalmente justificada" puesto que constituye una circunstancia que no le corresponde determinar al TC por ser una cuestión de mera interpretación normativa.

(b) El alcance de la intangibilidad de las resoluciones procesales cuando existe discrepancia en la interpretación sobre los presupuestos de admisión a trámite de los recursos entre el órgano judicial a quo – en el caso, la decisión de la LAJ en instancia- y la Sala de lo Social del TSJ.

(c) La exportación de la doctrina constitucional sobre la indicación errónea sobre los recursos al presente caso. Sin duda, un tema interesante y quizá un poco traído forzosamente al caso, cuando se hace eco de la doctrina contenida en la STC 256/2006, de 11 de septiembre, en la que declara que "[e]sta visión restrictiva de las posibilidades de apreciar una vulneración del derecho de acceso a los recursos, que es la lesión que alega la demandante de amparo, debe ser, sin embargo, precisada con nuestra doctrina en relación con la indicación o advertencia errónea de recursos", dado que "no puede considerarse como manifiestamente improcedente a los efectos de determinar la extemporaneidad del recurso de amparo la interposición por el demandante de amparo [...] de recursos o remedios procesales objetiva y manifiestamente improcedentes cuando la misma sea consecuencia de una errónea indicación consignada en la instrucción de recursos". Y se añade en la STC 241/2006, de 20 de julio al afirmar que "la instrucción o información errónea acerca de los recursos facilitada por los órganos judiciales, dada la auctoritas que corresponde a quien la hizo constar (STC 26/1991, de 11 de febrero , FJ 1), es susceptible de inducir a un error a la parte litigante, que hay que considerar en todo caso excusable [...], pues 'si la oficina judicial [ha] ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables [...] el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran ciertas y obrar en consecuencia'". Y todo ello para concluir "los mismos fundamentos que consolidan esta doctrina sobre la instrucción de los recursos sirven cuando se trata de decisiones judiciales erróneas relativas a la subsanación de requisitos procesales necesarios para la interposición de los mismos o, como en este caso, de ampliación del plazo para interponerlos".

X. Apunte final

Con esta doctrina novedosa, el TC viene a subrayar la idea-fuerza de que el propósito del legislador es la de otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros

garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, lo que, en su día, quedó patente con la reforma del artículo 241.1 de la LOPJ, hecha por LO 6/2007, de 24 de mayo^[5]. Hay carga de sentido común en la decisión constitucional; traza estándares de interpretación en clave constitucional y de tutela judicial en las normas configuradoras del derecho a los recursos. En este sentido, el derecho a la tutela judicial efectiva ha quedado vulnerado por interpretaciones erróneas, excesivamente rigurosas o formalista o por resoluciones que al carecer de motivación suficiente impiden conocer la causa de inadmisión. A este último parece inscribirse el supuesto examinado^[6]. Por tanto, es una doctrina constitucional transversal, válida para todas los órdenes jurisdiccionales. Pero también es una doctrina que susceptible de generar incertidumbres en el intérprete y aplicador de derecho (singularmente, en la oficina judicial), que se compadecen mal con la seguridad jurídica en el control de los trámites procesales (plazos y subsanación) en materia de consignación y aseguramiento de la condena como presupuesto para el acceso al recurso de suplicación.

Que la cuestión aquí suscitada presentaba perfiles singulares fue implícitamente advertido en el ATS, Social de 10 de noviembre de 2021^[7] al inadmitir el recurso de casación para unificación de doctrina por falta de contradicción, cuando expuso, con todo detalle y precisión, los hechos sobre el juicio de contradicción.

Ahora bien, en el estrecho margen del objeto del recurso de casación para unificación de doctrina, no se podía ir más allá. Por eso afirma la STC analizada que “en tales circunstancias, no es posible estimar que la inadmisión del recurso de casación obedeciera a un defecto procesal manifiesto e incontrovertible o, dicho de otro modo, fuera atribuible de forma clara e inequívoca a la falta de diligencia de la parte, sino que el juicio de contraste de las resoluciones pertenece tan solo a la Sala de lo Social del Tribunal y constituye un requisito de fondo y no meramente un requisito procesal, razón por la que procede considerar debidamente agotada la vía judicial previa al recurso de amparo”.

El mensaje del Tribunal Constitucional cuida en matizar a quien principal y directamente dirige su doctrina: al órgano judicial de instancia y, principalmente, a la Sala de suplicación.

Bondades de esta doctrina: confirma la tesis de que los requisitos formales en el acceso al recurso no son valores autónomos que gocen de sustantividad propia^[8]. Hay que estar a un criterio finalista de las normas procesales. Los principios de proporcionalidad, confianza legítima y sentido común son estándares de la tutela judicial efectiva que han de servir de guía los tribunales para aplicar las normas procesales. En el caso, el principio de confianza legítima, inherente al ámbito de las actuaciones de la Administración, envuelve la decisión del TC que se comenta puesto que como se dice en la propia sentencia “concurrieran o no motivos para acordar la ampliación del plazo de subsanación, no resulta razonable que una vez decidida la ampliación en la instancia, y actuando la parte en correspondencia y amparada por tal decisión, posteriormente se revoque esta por el órgano judicial superior negando el cumplimiento temporáneo del presupuesto legal”. La decisión de la LAJ, al ampliar el plazo, cuya decisión a la que se aquietó la parte recurrida, y que dentro de aquel plazo adicional hubiera cumplido la empresa las exigencias de aseguramiento de la condena, no puede más que explicarse el cumplimiento del requisito desde la confianza que generó dicha decisión -equivocada o no-, confianza como actitud o estado hacia algo o alguien, que no recae sobre uno mismo sino sobre un tercero o una cosa, y que nos hace suponer que algo ocurrirá de una determinada manera o que simplemente no llegará nunca a ocurrir. Es, en definitiva, “una situación o estado que nos genera una cierta tranquilidad”^[9], y ésta, sin duda, existió, y así se constata, en la situación analizada en la STC por lo que esa expectativa de la empresa recurrente a no ver frustrada la admisión del recurso estaba protegida y dentro del radio de acción del derecho a la tutela judicial efectiva porque sencillamente cumplió dentro del plazo adicional concedido.

El potencial riesgo de esta doctrina: generalizar un supuesto demasiado excepcional abriendo espacios para la inseguridad jurídica en el control de plazos procesales – que no deja de ser una cuestión de orden público procesal controlable de oficio- y del efecto preclusivo de los mismos; así como el “efecto llamada” en el cumplimiento del requisito de consignación para permitir plazos adicionales de subsanación con el riesgo de dilación.

Un último apunte. La aplicación que, con ciertos tintes de “analogía extensiva” en el presente caso de la doctrina constitucional, sobre la indicación o advertencia errónea de los recursos procedentes, que recoge y sintetiza la STC 256/2006, de 112 de septiembre, abre otros horizontes. Nos hará reflexionar sobre otras cuestiones como la revisión de sentencia cuando se ha ganado firmeza, cuando medió una indicación errónea en la instrucción de recursos y en revisión de sentencias se aduce como causa.

Referencias:

1. ^ ECLI:ES:TSJCL:2020:3241
2. ^ ECLI:ES:TS:2021:14773A
3. ^ VALLESPÍN PÉREZ, David. Acceso al recurso y principio de proporcionalidad. *La ley digital*. La Ley 4581/2021
4. ^ SENÉS MONTILLA, Carmen. El derecho a los recursos jurisdiccionales. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Granada, 18 de junio de 2013, p. 7. Citando a BANACLOCHE PALAO, J. Los recursos en el proceso civil (I). Teoría general y recurso ordinarios. En *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil (con Cubillo López)*. Madrid, La Le, 2012, p.35
5. ^ SENÉS MONTILLA, Carmen. El derecho a los recursos jurisdiccionales. *Op. Cit.*
6. ^ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia. El acceso a los recursos y la interpretaciones manifiestamente erróneas , rigurosas y formalistas. En: *Los recursos en el proceso civil: continuidad y reforma*. Manuel Ortells Ramos y Rafael Bellido Penadés, Directores. Dykinson, 2016. Madrid. p. 279
7. ^ ATS 14773/2021 - ECLI:ES:TS:2021:14773A
8. ^ VALLESPÍN PÉREZ, David. Acceso al recurso y principio de proporcionalidad. *Op. Cit.*
9. ^ MARTÍNEZ MOYA, José Antonio. El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración. Su origen y tratamiento jurisprudencial. Diego Marín. Libero Editor. 2012. Primera edición. Murcia. p. 13

§ 25 Ingreso Mínimo Vital y Estado Social Autonómico: límites constitucionales de las competencias de las Comunidades Autónomas.

José Luis Monereo Pérez

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

Resumen: STC (Pleno) núm. 19/2024, de 31 de enero de 2024. Recurso de inconstitucionalidad núm. 1937/2022. Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso respecto de la disposición adicional quinta de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, y la disposición final trigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2022, que da una nueva redacción al primer párrafo de la citada disposición. Competencias sobre legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social: constitucionalidad del precepto legal que atribuyen funciones de gestión a la Comunidad Autónoma del País Vasco y a la Comunidad Foral de Navarra en relación con el ingreso mínimo vital.

Palabras clave: Ingreso Mínimo Vital. "Estado Social Autonómico". Distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia social. Caja Única de la Seguridad Social. "Bloque de constitucionalidad".

Abstract: STC (Plenary) No. 19/2024, of January 31, 2024. Appeal of unconstitutionality no. 1937/2022. Speaker: Mr. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Appeal of unconstitutionality filed by more than fifty members of the Vox Parliamentary Group in Congress regarding the fifth additional provision of Law 19/2021, of December 20, which establishes the minimum living income, and the thirtieth final provision of Law 22/2021, of December 28, of the General State Budget for the year 2022, which redrafts the first paragraph of the aforementioned provision. Powers on basic legislation and economic regime of the Social Security: constitutionality of the legal precept that attributes management functions to the Autonomous Community of the Basque Country and the Autonomous Community of Navarre in relation to the minimum living income.

Keywords: Minimum Vital Income. "Autonomous Social State". Distribution of State-Autonomous Community competences in social matters. Single Social Security Fund. "Block of constitutionality".

“El bloque de constitucionalidad, con independencia de la forma que revisten las distintas normas que en él se integran, es el núcleo esencial de la Constitución del Estado español como Estado compuesto”

FRANCISCO RUBIO LLORENTE^[1]

I. Introducción

Mediante un escrito registrado en el Tribunal el 21 de marzo de 2022 más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados promovieron un recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional quinta de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital; y contra la disposición final trigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2022, que da una nueva redacción a la citada disposición.

Los recurrentes invocan la STC 158/2021, en la que, a propósito del IMV, se sostiene que el régimen económico de la Seguridad Social como competencia exclusiva del Estado trata de garantizar la unidad presupuestaria del sistema a través de los principios de unidad de caja y solidaridad financiera, «impidiéndose, de este modo, la existencia de diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las comunidades autónomas». Los recurrentes alegan también que el IMV, al ser una prestación no contributiva de la Seguridad Social, ha de financiarse a cargo de la caja única de la Seguridad Social (SSTC 124/1989, FJ 3, 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 8, y la 33/2014, de 27 de febrero, FJ 8). Sostienen que el reconocimiento y pago de las prestaciones de Seguridad Social integran su régimen económico en cuanto suponen un gasto y una obligación a cargo de la caja única (con apoyo en las SSTC 124/1989, FJ 6; 104/2013, de 25 de abril, FJ 4, y 133/2019, FJ 5). Aducen también que la STC 272/2015, de 17 de diciembre, FJ 3, ha señalado que la gestión de una prestación de Seguridad Social comprende «las potestades ejecutivas que la misma conlleva, incluidas las que afectan» al «régimen económico unitario de la Seguridad Social». Asimismo, sostienen que, según ha afirmado el Tribunal Constitucional, el Estado, en relación con su competencia exclusiva sobre «régimen económico», no solo retiene la totalidad de las competencias normativas, sino también las facultades de gestión o ejecución necesarias para configurar un sistema materialmente unitario. Por todo ello, consideran que el artículo 149.1.17ª de la Constitución Española (en adelante CE) atribuye al Estado una gestión única que comprende, además de las funciones relativas a la gestión en sentido estricto (conocimiento y tramitación de solicitudes, supervisión de cumplimiento de los requisitos, revisión de actos relativos a la prestación de que se trate...), la ordenación jurídica del sistema de la Seguridad Social, interpretando la norma y disposiciones que le afecten en un mismo sentido en todo el territorio nacional. Afirman que, de acuerdo con la doctrina constitucional, el régimen público de Seguridad Social no es solo único, sino también unitario. Dentro del régimen único está incluida la totalidad de la acción protectora, tanto contributiva como no contributiva, para garantizar la igualdad de derechos y obligaciones de todos los ciudadanos. La demanda señala que la especificidad de las haciendas forales no justifica que dichas comunidades autónomas asuman competencias en materia de gestión y pago del IMV. Citan la STC 123/1984, de 18 de diciembre, FJ 3, en la que se sostiene que «la idea de derechos históricos de las comunidades y territorios forales, a que alude la disposición adicional primera de la Constitución, no puede considerarse como un título autónomo, del que puedan deducirse específicas competencias, pues la propia disposición adicional manifiesta con toda claridad que la actualización general de dicho régimen foral se ha de llevar a cabo en el marco de la Constitución y de los estatutos de autonomía». Por último, alegan que la inconstitucionalidad de la disposición impugnada no queda desvirtuada por el hecho de que se aplaze la efectiva asunción de competencias por las comunidades autónomas de régimen foral hasta la suscripción del acuerdo previsto en el párrafo primero de esa disposición o del convenio al que alude el párrafo segundo de la misma. Al margen de que el efectivo ejercicio de la competencia dependa del oportuno acuerdo, lo que resulta indudable, la disposición adicional quinta es inconstitucional en cuanto, entra en contradicción con el artículo 149.1.17ª CE, pues

habilita a los órganos del Estado para la ruptura de la unidad de caja de la Seguridad Social a través de un acuerdo o convenio. Por todo ello, los diputados recurrentes solicitan al Tribunal Constitucional que admita el recurso de inconstitucionalidad y, tras los trámites que procedan, dicte sentencia por la que se declare la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición adicional quinta de la Ley 19/2021 y de la disposición final trigésima de la Ley 22/2021, que la modifica.

Es recurso de inconstitucionalidad plantea un problema interpretativo que, en el fondo, va más allá de la nueva prestación del IMV, puesto que da lugar a consolidar una doctrina constitucional sobre el concepto de “Caja única” y los límites de las competencias autonómicas a tenor del artículo 149.1.17ª CE, en relación con el artículo 41 CE.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: STC (Pleno) núm. 19/2024, de 31 de enero

Tipo y número recurso: Recurso de inconstitucionalidad núm. 1937/2022.

ECLI:ES:TC:2024:19.

Fuente: BOE núm. 53, de 29 de febrero de 2024.

Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 1937-2022 interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados contra la disposición adicional quinta de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, y la disposición final trigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2022, que da una nueva redacción al primer párrafo de la citada disposición. Ha comparecido el Congreso de los Diputados, el Senado, el Gobierno de la Nación, la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra. Han formulado alegaciones los tres últimos. Ha sido ponente el presidente don Cándido Conde-Pumpido Tourón.

IV. Posición de las partes

1º. Los recurrentes consideran que las normas impugnadas, al otorgar a la Comunidad Autónoma del País Vasco y a la Comunidad Foral de Navarra competencias en relación con el ingreso mínimo vital, que es una prestación pública no contributiva “con cargo” a la Seguridad Social, vulnera las competencias exclusivas que corresponden al Estado conforme al artículo 149.1.17 CE. Según sostienen, al atribuir a dichas comunidades autónomas las funciones y servicios que la Ley 19/2021 reconoce al Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre la referida prestación, así como el pago, se vulnera el citado precepto constitucional y se rompe «por primera vez desde la aprobación de la Constitución» la caja única de la Seguridad Social, que es lo que permite garantizar un régimen único que asegure la igualdad de todos los españoles en materia de derechos y obligaciones de la Seguridad Social. Alegan que la atribución de estas competencias no puede justificarse, pese a lo que pretende la norma recurrida, en «la especificidad que Los recurrentes consideran que las normas impugnadas, al otorgar a la Comunidad Autónoma del País Vasco y a la Comunidad Foral de Navarra competencias en relación con el ingreso mínimo vital, que es una prestación pública no contributiva con cargo a la Seguridad Social, vulnera las

competencias exclusivas que corresponden al Estado conforme al artículo 149.1.17 CE.

2º. Solicitan la desestimación del recurso los letrados de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de la Comunidad Foral de Navarra, que han comparecido como coadyuvantes del Gobierno de la Nación. Con argumentos sustancialmente coincidentes entre sí, razonan que los respectivos Estatutos de Autonomía asumen competencias en materia de «gestión del régimen económico de la Seguridad Social», lo que es compatible con la unidad del sistema de Seguridad Social y con la titularidad estatal de sus recursos. Para garantizar esto, la disposición adicional quinta de la Ley 19/2021 remite a los términos que se acuerden con el Estado. Insisten en que dicho precepto establece el mismo procedimiento que se viene aplicando para la gestión de las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez por las comunidades forales. Estas, en virtud de su “específico sistema de financiación”, asumen el pago de dichas pensiones, descontando del cupo o aportación el importe calculado conforme al régimen del concierto y convenio, y esto es justamente lo que ahora se establece para el IMV.

V. Normativa aplicable al caso

Disposición adicional quinta de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.

Disposición final trigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2022.

Artículo 149.1.17ª Constitución Española.

Artículo 66.1 a) del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS).

Artículo 21.1 del TRLGSS.

Artículo 18.2 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (EAPV).

Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra.

VI. Doctrina básica

Se plantea a examen varios Motivos sobre los cuales se pronuncia el Tribunal Constitucional.

-Las comunidades autónomas que asuman en sus Estatutos la competencia de «gestión del régimen económico de la Seguridad Social», como es el caso del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, podrán realizar, previo convenio con el Estado, aquellos actos de gestión de las prestaciones de la Seguridad Social que no comprometan la caja única ni el modelo unitario de Seguridad Social.

-El TRLGSS, que conceptúa a la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) «como caja única del sistema de la Seguridad Social» (art. 21.1) y la describe como «servicio común con personalidad jurídica propia, en el que, por aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única, se unifican todos los recursos financieros, tanto por operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias», que tiene a su cargo «la custodia de los fondos, valores y créditos y las atenciones generales y de los servicios de recaudación de derechos y pagos de las obligaciones del sistema de la Seguridad Social» (art. 74.1). Dichos preceptos son desarrollados por el Real Decreto 1314/1984, de 20 de junio, por el que se regula la estructura y competencias de la TGSS, ya vigente al aprobarse la STC 124/1989 y al que esta alude expresamente. Por tanto, no refiriéndose las funciones y servicios atribuidos al País Vasco y a Navarra, a la TGSS, no se menoscaba la caja única que «se articula a través y por medio» de ella (STC 124/1989, FJ 3).

-Para el reconocimiento de la prestación, la asunción del pago por las comunidades forales replica el modelo en vigor para las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez en dichos territorios. En las comunidades autónomas de régimen común dichas pensiones también se gestionan y reconocen por la administración autonómica pero el pago sigue realizándolo la TGSS (artículo 21.2 de la Orden de 22 de febrero de 1996 para la aplicación y desarrollo del reglamento general de la gestión financiera de la Seguridad Social). Sin embargo, y en atención al sistema de financiación foral, el País Vasco y Navarra no solo asumieron la gestión y reconocimiento de las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez –como el resto de comunidades autónomas–, sino también el pago. Así se estableció al traspasar a dichas comunidades las funciones y servicios del Instituto Nacional de Servicios Sociales mediante los Reales Decretos 1476/1987, de 2 de octubre, para el País Vasco y 1681/1990, de 28 de diciembre, para Navarra. En ellos se dispone que las comunidades forales se hacen cargo de las prestaciones del sistema de servicios sociales de la Seguridad Social, incluidas las citadas pensiones no contributivas, con sus recursos tributarios y mediante descuento del cupo y aportación [apartado G) del anexo del Real Decreto 1476/1987 y apartado 7 del anexo del Real Decreto 1681/1990], de forma análoga a como se ha instrumentado el pago de la prestación del IMV. Por consiguiente, toda vez que no hay menoscabo de la caja única ni del régimen unitario de la Seguridad Social, la impugnación del inciso referido al pago de la disposición adicional quinta, párrafo primero, de la Ley 19/2021, en la redacción dada por la disposición final trigésima de la Ley 22/2021, también debe ser desestimada.

VII. Parte dispositiva

En atención a todo expuesto en los fundamentos jurídicos, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido desestimar íntegramente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados, contra la disposición adicional quinta de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, en la redacción dada por la disposición final trigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2022.

VIII. Pasajes decisivos

Dada la extensión y calidad argumental de esta sentencia son muchos los pasajes decisivos y, por tanto, se impone un carácter muy selectivo.

En expresión de la STC 124/1989, FJ 3: «[L]as concretas facultades que integran la competencia estatutaria de gestión del régimen económico de la Seguridad Social serán solo aquellas que no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social. Tales facultades autonómicas deben, en suma, conciliarse con las competencias exclusivas que sobre la gestión del régimen económico la Constitución ha reservado al Estado, en garantía de la unidad y solidaridad del sistema público de Seguridad Social.» En este sentido, la STC 133/2019, FJ 5, enmarcó las competencias del País Vasco para la gestión del régimen económico de la Seguridad Social en el párrafo de la STC 124/1989, FJ 3.

IX. Comentario

Sin necesidad de decirlo expresamente el Tribunal Constitucional opera implícitamente en vía interpretativa con la noción de “*bloque de constitucionalidad*”, que con independencia de la forma que revisten las distintas normas que en él se integran, es el núcleo esencial de la Constitución del Estado español como Estado compuesto. En la parte más importante, el bloque de constitucionalidad está formado por normas también de relevancia constitucional desde el punto de vista jurídico

material. Unas, recogidas en el Título VIII de la Constitución, son normas primarias; otras, las que forman el cuerpo normativo central del bloque, es decir, las normas de delimitación competencial contenidas en los Estatutos de Autonomía, son normas constitucionales secundarias. Siendo secundarias están sometidas a las normas constitucionales primarias. Es, pues, necesario interpretar los Estatutos en conformidad con la Constitución, lo cual sería afirmado tempranamente por el Tribunal Constitucional en sentencia 18/1982; también sentencia 10/1982^[2].

En efecto, el Alto Tribunal ha tenido que delimitar la distribución de competencias partiendo de interconexión dinámica entre la Constitución y los Estatutos de Autonomía en un Estado compuesto, como es el Estado Social de las Autonomías. Esa tensión será siempre dinámica y sujeta a una interpretación evolutiva, respecto a lo que ya se resolvió y se replantea y asimismo sobre lo nuevo que se suscita y en marcos sociales, culturales y de política del Derecho siempre cambiantes. Es el caso de la creación del IMV como nueva prestación no contributiva del sistema de Seguridad Social (artículos 41 y 149.1.17ª de la Constitución).

El IMV es una prestación de Seguridad Social *no* contributiva y, por tanto, inserta en el Sistema institucional de la Seguridad Social^[3]. Debe destacarse al respecto una multiplicidad encadenada de títulos competenciales. Este real decreto-ley —establece la Disposición final novena, relativa al Título competencial— “se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1.ª, 13.ª, 14.ª, 17.ª y 18.ª de la Constitución Española, que atribuye al Estado la *competencia exclusiva* sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales; bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; hacienda general y deuda del Estado; legislación *básica* y régimen económico de la Seguridad Social; y bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común”. Adviértase que la “legislación *básica*” ex art. 149.1.17ª CE presupone la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan dictar una legislación *no básica* ostentando, de asumirlas, una competencia compartida que va más allá de la simple ejecución de la competencia “exclusiva” estatal por los órganos administrativos de dichas Comunidades Autónomas^[4]. La STC 239/2002, de 11 de diciembre^[5], vino a dar una apertura constitucional a la competencia autonómica para completar las medidas de Seguridad Social establecidas por la legislación estatal (en cuyo Fallo se desestiman los conflictos positivos de competencia promovidos por el Gobierno de la Nación frente a los Decretos de la Junta de Andalucía 284/1998, por el que se establecen ayudas económicas complementarias a favor de pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas, y 62/1999, de modificación del Decreto 284/1998, y declarar que la competencia controvertida corresponde a la Comunidad Autónoma).

No estamos ante una prestación de carácter asistencial, ni tampoco ante una prestación técnica de servicios sociales, aunque requiera de prestaciones serviciales de carácter accesorio y que se utilice en su materialización de la colaboración activa de las Comunidades Autónomas. La legitimidad y oportunidad constitucional es evidente atendiendo a los títulos competenciales, los cuales se vinculan directa y funcionalmente con el artículo 41 de la Norma Fundamental.

La medida del IMV —y su progresivo perfeccionamiento— supone un avance importante en la construcción expansiva de nuestro Modelo normativo de Seguridad Social. Su establecimiento permitirá equilibrar la configuración de un modelo integrado por una doble esfera, contributiva y no contributiva, en el que esta segunda ha sido hasta ahora un elemento relativamente secundario en términos de conjunto. El IMV supone una profundización de este último ámbito no contributivo de la Seguridad Social.

La Constitución ofrece un marco especialmente favorable para esta profundización de este vector o nivel no contributivo de la Seguridad Social, sin detrimento del segmento contributivo. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional respecto al

artículo 41 CE (en interpretación sistemática con los artículos 1 y 9.2). La doctrina constitucional concibe la Seguridad Social como una «función del Estado» que atiende a cambiantes situaciones de necesidad (SSTC 37/1994; 65/1987). Pero también atendiendo al ideal de cobertura que se recoge en el estándar multinivel de garantía del derecho a la Seguridad Social (artículos 10.2 y 93 a 96 de Texto Constitucional)^[6]. La idea-fuerza es la de ampliar la cobertura protectora atendiendo a la evolución del sistemas de necesidades humanas relevantes para ser objeto específico de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social^[7].

Aunque hay que establecer las líneas más nítidas de demarcación conviene retener que conforme al artículo 8. 3, “A efectos de este real decreto-ley, no computarán como ingresos los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas, y otros ingresos y rentas de acuerdo con lo previsto en el artículo 18”. Por lo tanto, la regla es de compatibilidad. Ahora bien, admitido que no estamos ante una medida asistencial del artículo 148.20 CE, sino ante una medida típica de Seguridad Social no contributiva interna a dicho sistema institucional, la cuestión residirá en establecer los nexos de relación y las posibilidades de “legislación no básica” que ofrece el mismo artículo 149.1.17ª CE, pues sólo hay una reserva de competencia exclusiva en lo que se refiere literalmente a la “legislación básica” (a diferencia de lo que acontece respecto de la legislación laboral ex artículo 149.1.7ª CE, de alcance totalizador). También el desarrollo reglamentario podría establecer vías de engarce y de solución preventiva de posibles conflictos de competencia, que en términos de principio aquí no existen (recuérdese que con arreglo a lo previsto en el artículo 8.5, “Reglamentariamente se podrán establecer, para supuestos excepcionales de vulnerabilidad que sucedan en el mismo ejercicio, los supuestos y condiciones en los que podrán computar los ingresos y rentas del ejercicio en curso a los efectos de acceso a esta prestación”. Pero habría que entrar más sutil y nítidamente en el acoplamiento estructural y funcional entre los respectivos ámbitos competenciales del Estado (Seguridad Social no contributiva) y de las Comunidades Autónomas (la Asistencia Social; y la gestión y ejecución de la acción protectora de la Seguridad Social no contributiva: solo aquellas que no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social).

Es ésta —el IMV— una medida que perfecciona el “ideal de cobertura” en la lógica evolutiva que ha inspirado siempre el desarrollo de la Seguridad Social: la invención de sistemas prestacionales que hagan frente a las nuevas necesidades sociales dentro de la socialización pública (o nacionalización estatal) de su cobertura solidaria^[8].

El IMV o renta mínima vital es configurada como prestación *no* contributiva de Seguridad Social y permite una protección pública homogénea para todas las personas —individuales o en unidades de convivencia— en todo el Estado español, sobrepasando el carácter invertebrado y dispar actual de las rentas mínimas territorializadas por Comunidades Autónomas. Ello sin perjuicio de reconocer la aportación extraordinaria que se ha llevada a cabo por el Estado Social Autónomo en esta materia. Pero esta nueva renta mínima de ámbito estatal inserta en el Sistema de Seguridad Social era ya necesaria para hacer frente a las situaciones protegidas y superar los límites —intrínsecos y extrínsecos— de las rentas mínimas autonómicas^[9].

1. El Tribunal Constitucional en su 19/2024, de 31 de enero, recuerda la doctrina establecida en la STC 158/2021, de 16 de septiembre (FJ 3), indicando la caracterización jurídica y el encuadramiento de la prestación no contributiva del IMV. De manera que esta prestación «no es un mecanismo de protección social que actúe extramuros del sistema de la Seguridad Social, sino una prestación insita en su acción protectora en la medida que supone el ejercicio de una función del Estado Social de Derecho —atribuida por el artículo 41 CE— destinada a poner remedio a situaciones de

necesidad social y políticamente relevantes (“socialización” de riesgos y situaciones objetivas de necesidad). Y precisó, haciendo alusión a la STC 133/2019, de 13 de noviembre, FJ 4, referida al subsidio extraordinario de desempleo, que también es una prestación no contributiva incardinada en el acción protectora del Sistema, que estas prestaciones *responden a la “concepción evolutiva* del propio sistema de Seguridad Social y de la libertad de configuración del legislador (libertad no absoluta, pues está condicionada por las previsiones constitucionales y su conexión con el artículo 10.2 CE y normas concordantes) para modular su acción protectora, lo que determina que el examen de esta controversia competencial se ha de abordar exclusivamente desde la óptica jurídico-material de las competencias sobre Seguridad Social y del espacio funcional que le es propio. Lo cual se sitúa en la línea de observancia obligada del principio de progresividad en el desarrollo de la acción protectora de la Seguridad Social. Un principio, éste, consagrado expresamente, entre otros instrumentos jurídicos de valor fundamental, como es el artículo 12, apartado 3^[10], de la Carta Social Europea (CSEr) ratificada por nuestro país al amparo de los artículos 94 a 96 de la Norma Fundamental, y sometida al posible control de convencionalidad (grupo normativo constitucional formado por los artículos 41, 93 a 96 y 10.2 de la Constitución; STC 140/2018, FJ. 6). En este sentido debe recordarse que el artículo 12 de la CSEr, garantiza la obligación de los Estados firmantes de mantener un régimen público de Seguridad Social y consagra, como parte de su contenido esencial, entre otros principios y garantías jurídicas, el principio de progresividad en la elevación del “ideal de cobertura”^[11].

2. Por otra parte, el reparto competencial en materia de Seguridad Social está previsto en el artículo 149.1.17ª CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las comunidades autónomas. Conforme a la consolidada doctrina constitucional (por todas, STC 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 6) y doctrinal, en dicho precepto es obligado distinguir entre legislación básica y régimen económico como materias diferenciadas. En relación con la primera, corresponde a las comunidades autónomas el desarrollo de la legislación básica y el ejercicio de las competencias ejecutivas. En cambio, en la materia relativa al régimen económico de la Seguridad Social el Estado también conserva funciones ejecutivas, pues la atribución al Estado o a las comunidades autónomas del «régimen» en una determinada materia comprende, desde luego, la totalidad de las competencias normativas sobre la misma (SSTC 84/1982, de 23 de diciembre, FJ 4, y 38/1983, de 16 de mayo, FJ 3); pero implica también un *plus*: además de la legislación, puede comportar la atribución de las competencias de ejecución necesarias para configurar un sistema materialmente unitario. Esto es lo que sucede en el caso del «régimen económico de la Seguridad Social» (STC 195/1996, FJ 6).

La STC 158/2021, FJ 4, clarifica que las competencias de mera gestión instrumental del IMV *no se enmarcan* en el régimen económico de la Seguridad Social, aunque, en cualquier caso, serán solo aquellas que no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social. Las competencias del Estado sobre dicho régimen económico fueron precisadas en la STC 124/1989, de 7 de julio, FJ 3, indicando que la referencia separada del régimen económico como función exclusiva del Estado trata de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social, y no solo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las comunidades autónomas. En su dimensión o expresión jurídica, el principio de unidad presupuestaria de la Seguridad Social significa la unidad de titularidad y por lo mismo la titularidad estatal de todos los fondos de la Seguridad Social, puesto que si faltara un único titular de los recursos financieros del sistema público de aseguramiento social, tanto para operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias, no podría en este momento se articula a través y por medio de la Tesorería General de la Seguridad Social. Por ello es competencia exclusiva del Estado, ejercida a través de la

TGSS, "la gestión de los recursos económicos y la administración financiera del sistema, en aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única", como expresa el artículo 1 del Real Decreto 1314/1984. Con ello se persigue la vigencia efectiva de los principios de caja única y de solidaridad financiera, y consecuentemente la unidad del sistema. No basta, por tanto, con la reserva de las competencias normativas para, desde las mismas, disponer la solidaridad financiera, mediante el establecimiento de reglas para la transferencia de fondos, a través de la TGSS, de una a otra comunidad autónoma, en función de las disponibilidades financieras de cada momento. La Constitución no se ha limitado a establecer esa solidaridad interterritorial, sino que, partiendo de la misma, ha establecido e impuesto el carácter unitario del sistema y de su régimen económico, la estatalidad de los fondos financieros de la Seguridad Social y, por ende, la competencia exclusiva del Estado no solo de normación sino también de titularidad sobre esos fondos propios, que en este momento se articula a través y por medio de la TGSS. Por ello es, en principio, competencia del Estado, ejercida a través de la TGSS, "la gestión de los recursos económicos y la administración financiera del sistema, en aplicación de los principios de solidaridad financiera y *caja única*", como establece el artículo 1 del Real Decreto 1314/1984. La titularidad de los recursos económicos de la Seguridad Social corresponde, en cualquier caso, al Estado, toda vez que lo que corresponde en exclusividad al Estado es "La legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas (artículo 149.1.17ª CE)^[12].

3. Las Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra tienen asumidas estatutariamente competencias de «gestión del régimen económico de la Seguridad Social», y perfilados los límites aplicables –no afectación al principio de caja única y preservación del modelo unitario–, el Tribunal Constitucional entra en el análisis de la norma impugnada. Al respecto, la disposición adicional quinta, párrafo primero, de la Ley 19/2021, en la redacción dada por la disposición final trigésima de la Ley 22/2021, prevé que las comunidades autónomas de régimen foral asumirán en relación con el IMV: (i) «las funciones y servicios correspondientes que en esta Ley se atribuyen al Instituto Nacional de la Seguridad Social»; así como (ii) «el pago»; en ambos casos, «en los términos que se acuerde». Es preciso enjuiciar tanto la asunción de las funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social respecto del IMV, como tratar la problemática del pago de la prestación.

1º. Las funciones y servicios correspondientes al INSS que asumen las comunidades autónomas concernidas son, en síntesis, la iniciación, tramitación, resolución y control de los expedientes del IMV. Tales actividades no se refieren a la gestión de la tesorería (recaudación y pagos) de la Seguridad Social, que no está atribuida al INSS como entidad gestora de la Seguridad Social [artículo 66.1 a) del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS)], sino a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), ente público diferenciado que personifica la caja única del sistema, según verificó la STC 124/1989, FJ 3: la estatalidad de los fondos financieros de la Seguridad Social y la disponibilidad directa sobre esos fondos propios se articula a través y por medio de la TGSS. Así se refleja en el TRLGSS, que conceptúa a la TGSS «como *caja única* del sistema de la Seguridad Social» (art. 21.1) y la describe como servicio común con personalidad jurídica propia, en el que, por aplicación de los principios de solidaridad financiera y *caja única*, se unifican todos los recursos financieros, tanto por operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias», que tiene a su cargo la custodia de los fondos, valores y créditos y las atenciones generales y de los servicios de recaudación de derechos y pagos de las obligaciones del sistema de la Seguridad Social (artículo 74.1). Dichos preceptos son desarrollados por el Real Decreto 1314/1984, de 20 de junio, por el que se regula la estructura y competencias de la TGSS, ya vigente al aprobarse la STC 124/1989 y al que esta alude expresamente.

Por tanto, no refiriéndose las funciones y servicios atribuidos al País Vasco y a Navarra, a la TGSS, no se menoscaba la caja única que se articula a través y por medio de ella (STC 124/1989, FJ 3).

2º. En cuanto a alegación relativa a la preservación del «modelo unitario» de la Seguridad Social, es necesario –indica el Tribunal Constitucional- comprobar que las funciones y servicios del INSS que se confieren tampoco comprometen la unidad del sistema o perturban su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionan la titularidad estatal de todos los recursos económicos de la Seguridad Social o engendran directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social», como exige la STC 124/1989, FJ 3.

Al respecto, cabe realza que la normativa que habrán de aplicar la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra en el ejercicio de las competencias de iniciación, tramitación, resolución y control de los expedientes del IMV es íntegramente estatal (Ley 19/2021 y normas que la desarrollen; no se abren competencias legislativas autónomas en esta materia). Por lo demás, para garantizar una interpretación y aplicación uniforme de esta normativa, en el acuerdo al que se supedita la asunción de funciones se han de especificar las concretas facultades que pueden ejercer «sin comprometer el modelo unitario de Seguridad Social» (STC 133/2019, FJ 5). En relación a ello, en los convenios ya suscritos con las comunidades autónomas forales para la asunción de la gestión del IMV (acuerdo de la comisión mixta de transferencias administración del Estado-Comunidad Autónoma del País Vasco, de 16 de marzo de 2022, y acuerdo de la junta de transferencias administración del Estado-Comunidad Foral de Navarra, de 31 de marzo de 2022), el Estado se ha reservado, entre otras, la garantía de la unidad de criterio mediante la fijación por parte del Estado de criterios normativos e interpretativos homogéneos para la efectividad y eficacia del sistema en orden a garantizar la unidad del régimen económico de la Seguridad Social, el principio de solidaridad y la igualdad de todos los ciudadanos en la satisfacción de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social; y, asimismo, la función interventora en la modalidad del control financiero posterior, para determinar que los actos dictados por la Comunidad Autónoma del País Vasco/Comunidad Foral de Navarra se adecuan a los principios de legalidad, economía y eficiencia (apartado tercero del convenio con el País Vasco y apartado c) del convenio con Navarra). Igualmente, tales convenios establecen un conjunto de obligaciones a cargo de las comunidades forales, como la de garantizar la actualización del sistema de la tarjeta social digital, comunicar mensualmente los datos de los beneficiarios del IMV y suministrar información con fines de evaluación, estadística y seguimiento del sistema por el Estado (apartado cuarto del convenio con el País Vasco y apartado d) del convenio con Navarra).

Con todo, la disposición adicional quinta de la Ley 19/2021 impugnada se inscribe en lo que afirma la STC 158/2021, FJ 5, según la cual las comunidades autónomas pueden asumir las potestades de iniciación, tramitación y resolución de los expedientes de reconocimiento del IMV tras la suscripción de un convenio con la citada entidad gestora de la Seguridad Social (el INSS), no sin advertir que corresponde al Estado determinar «el modelo de gestión», así como «implantar los mecanismos necesarios para asegurar que la cooperación de las comunidades autónomas en la referida gestión respete los principios de unidad e igualdad en los que se fundamenta el sistema»; mecanismos que han recogido los convenios anteriormente mencionados.

3º. Por otra parte, se subraya por el Tribunal Constitucional, que las representaciones de los gobiernos vasco y navarro en que el modelo de gestión del IMV definido por el Estado en la disposición impugnada reproduce el que se viene aplicando, desde hace largo tiempo, para las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez. Estas son, al igual que el IMV, prestaciones de carácter no contributivo integradas en la caja única de la Seguridad Social -como confirma la STC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 8 d)-, lo cual no ha impedido su gestión por las comunidades

autónomas, ya desde su creación por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre (disposición adicional cuarta, actualmente sustituida por el artículo 373 TRLGSS). De la competencia autonómica para la *gestión* de dichas pensiones se ha pronunciado el Tribunal en las SSTC 128/2016, de 7 de julio, FJ 9 A), y 158/2021, FJ 5, constatando que la Comunidad Autónoma de Cataluña, a la que se refieren tales resoluciones, cuenta con título jurídico bastante para su reconocimiento y gestión.

En esa dirección interpretativa, resulta suficiente destacar que por medio del artículo 81 del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía, el Estado ha extendido a todas las comunidades autónomas la posibilidad de asumir, previo convenio, la gestión de la prestación del IMV que corresponde al INSS, conforme al modelo en vigor para las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez. De manera que se ha de concluir que la previsión del primer inciso de la disposición adicional quinta, párrafo primero, de la Ley 19/2021, en la redacción dada por la disposición final trigésima de la Ley 22/2021, se ajusta a la distribución de competencias establecida en el artículo 149.1.17 CE, desestimándose la impugnación^[13].

4º. La problemática de la asunción del pago de la prestación del IMV. El segundo aspecto controvertido en el recurso es el que atribuye a las comunidades forales el pago de la prestación del IMV (segundo inciso de la disposición adicional quinta, párrafo primero, de la Ley 19/2021). Pese a que, según el tenor del precepto, el País Vasco y Navarra asumen el pago del IMV «en atención al sistema de financiación de dichas haciendas forales», estima el Tribunal Constitucional que hay que dar la razón a los diputados recurrentes cuando afirman que las comunidades autónomas de régimen foral no tienen ninguna especialidad respecto de «la gestión del régimen económico de la Seguridad Social», puesto que esta competencia corresponde a las comunidades autónomas que, con la misma o análoga expresión, la hayan asumido en sus estatutos. Con base en dicha previsión estatutaria, las comunidades autónomas de régimen común vienen ejerciendo las competencias de gestión de otras prestaciones no contributivas, como también se ha previsto que lo hagan respecto del IMV (a través del citado artículo 81 del Real Decreto-ley 8/2023). Ahora bien, el sistema de financiación foral sí juega un papel diferencial en cuanto a la ejecución material del pago de la prestación. Como recuerdan el abogado del Estado y las representaciones de los gobiernos autonómicos coadyuvantes, las relaciones financieras de las comunidades autónomas forales con el Estado se rigen por el sistema foral tradicional de concierto y convenio económico, previsto en el artículo 41 EAPV, desarrollado por la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el concierto, y en el artículo 45 LORAFNA, desarrollado por la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el convenio. En esencia, este sistema consiste en que dichas comunidades recaudan la práctica totalidad de los tributos generados en su territorio e ingresan al Estado una cantidad (cupo –País Vasco– y aportación –Navarra–) para financiar las competencias estatales. Esta singularidad les permite asumir el pago del IMV y descontar del cupo y de la aportación la cantidad que corresponde conforme a las reglas del concierto y del convenio. De acuerdo con lo expuesto, los acuerdos suscritos para la asunción de esta competencia, citados en el fundamento jurídico anterior, especifican el régimen financiero de la gestión del pago de la prestación del IMV por las comunidades forales. En concreto, establecen que la respectiva comunidad dispondrá de una cantidad determinada mediante la aplicación del porcentaje correspondiente al índice de imputación utilizado para el cálculo del cupo y aportación al gasto total a nivel estatal por el IMV y dicho importe será objeto de compensación en el cálculo del cupo y aportación a satisfacer al Estado [apartado quinto, puntos 1 y 2, del concierto con el País Vasco y apartado E), puntos 1 y 2, del convenio con Navarra].

Así pues, de la caja única de la Seguridad Social que gestiona la TGSS no se desgaja la porción correspondiente a las comunidades vasca y navarra –como, al contrario, mantienen los diputados recurrentes–, sino que éstas afrontan el pago de la

prestación conforme a su específico sistema de financiación foral, *sin menoscabo de la TGSS ni de la titularidad estatal de sus fondos afectos a los fines prestacionales*. La ejecución del pago por las comunidades autónomas forales también preserva el modelo unitario de Seguridad Social aplicable a dicha actividad material. A tal efecto, en los convenios suscritos se prevé aplicar «procedimientos de pago similares a los utilizados por la Seguridad Social, con nóminas mensuales, nóminas no abonables, cruces de fallecidos y retrocesión de prestaciones abonadas, que aseguren una adecuada gestión de los fondos públicos» [apartado cuarto del concierto con el País Vasco y apartado D) del convenio con Navarra]. Cabe señalar que, del mismo modo que en relación al reconocimiento de la prestación, la asunción del pago por las comunidades forales replica en coherencia –técnico jurídica y de política del Derecho– el modelo en vigor para las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez en dichos territorios del Estado Autonómico. En las comunidades autónomas de régimen común dichas pensiones también se gestionan y reconocen por la administración autonómica pero el pago sigue realizándolo la TGSS (artículo 21.2 de la Orden de 22 de febrero de 1996 para la aplicación y desarrollo del reglamento general de la gestión financiera de la Seguridad Social). Sin embargo, y en atención al sistema de financiación foral, el País Vasco y Navarra no solo asumieron la gestión y reconocimiento de las pensiones no contributivas de jubilación de invalidez –como el resto de comunidades autónomas–, sino también el pago. Así se estableció al traspasar a dichas comunidades las funciones y servicios del Instituto Nacional de Servicios Sociales mediante los Reales Decretos 1476/1987, de 2 de octubre, para el País Vasco y 1681/1990, de 28 de diciembre, para Navarra. En ellos se dispone que las comunidades forales se hacen cargo de las prestaciones del sistema de servicios sociales de la Seguridad Social, incluidas las citadas pensiones no contributivas, con sus recursos tributarios y mediante descuento del cupo y aportación [apartado G) del anexo del Real Decreto 1476/1987 y apartado 7 del anexo del Real Decreto 1681/1990], de forma análoga a como se ha instrumentado el pago de la prestación del IMV. Por consiguiente, toda vez que no hay menoscabo de la caja única ni del régimen unitario de la Seguridad Social, la impugnación del inciso referido al pago de la disposición adicional quinta, párrafo primero, de la Ley 19/2021, en la redacción dada por la disposición final trigésima de la Ley 22/2021, también debe ser desestimada.

Finalmente, arguye el Alto Tribunal, en relación con el párrafo segundo de la disposición adicional quinta de la Ley 19/2021, que el abogado del Estado planteó un óbice procesal, al entender que los recurrentes no habían satisfecho la carga de argumentar su contradicción con la Constitución. Este párrafo prevé una encomienda de gestión a las comunidades forales, en tanto no se produzca la asunción de funciones y servicios a que se refiere el párrafo primero. Dada la naturaleza instrumental de dicha previsión respecto del núcleo central de la controversia competencial, la objeción del abogado del Estado no puede estimarse. Dicho esto, habiendo desestimado la impugnación contra el párrafo primero, procede la misma decisión respecto del párrafo segundo, pues la encomienda de gestión solo incluye actuaciones «de carácter material o técnico» (artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público), como fórmula provisional y transitoria mientras se suscribe el acuerdo de asunción de funciones y servicios previsto en el párrafo primero; lo que ya se ha hecho tanto con la Comunidad Autónoma del País Vasco como con la Comunidad Foral de Navarra.

Con base en todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional desestima íntegramente el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la disposición adicional quinta de la Ley 19/2021, en la redacción dada por la disposición final trigésima de la Ley 22/2021.

X. Apunte final

La Constitución Española establece un sistema de distribución territorial del poder regulador dentro de un Estado social, compuesto y descentralizado en comunidades autónomas. El sistema de distribución del poder, dada su textura abierta al tiempo

histórico, está sometido una necesaria interpretación evolutiva, como ha señalado el propio Tribunal Constitucional en la sentencia aquí comentada.

En esa dirección, el Tribunal Constitucional puede indicar con fundamentos sólidos, entre otras cosas y de manera harto significativa, que el modelo de gestión del IMV definido por el Estado en la disposición impugnada reproduce el que se viene aplicando, desde hace largo tiempo, para las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez. Estas son, al igual que el IMV, prestaciones de carácter no contributivo cuyos recursos de afección están integrados en la caja única de la Seguridad Social - como confirma la STC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 8 d)-, lo cual no ha impedido su gestión por las comunidades autónomas, ya desde su creación por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre (disposición adicional cuarta, actualmente sustituida por el artículo 373 TRLGSS). De la competencia autonómica para la *gestión* de dichas pensiones se ha pronunciado el Alto Tribunal en las SSTC 128/2016, de 7 de julio, FJ 9 A), y 158/2021, FJ 5, constatando que la Comunidad Autónoma de Cataluña, a la que se refieren tales resoluciones, cuenta con título jurídico bastante para su reconocimiento y gestión,

Y con este pronunciamiento el Tribunal Constitucional se reafirma en la efectividad del “*bloque de constitucionalidad*”, como grupo o complejo normativo no meramente de distribución/reparto de competencias dentro de la organización del Estado compuesto, sino también de colaboración internormativa en el seno del Estado Social Autonómico (forma política específica de Estado compuesto, que no alcanza a ser un Estado Federal en el “sentido fuerte” del término), formalizado en la Constitución^[14]. Un “bloque de constitucionalidad” que se rige *internamente* por los principios de colaboración/cooperación y de solidaridad (artículos 1, 2 y 149.1.17ª de la Constitución). El bloque de constitucionalidad nos remite a un concepto operacional dinámico en sus contenidos de fines, que evoluciona dentro de la textura relativamente abierta que consagra nuestra Norma Fundamental, atendiendo a la constitución material, pero bajo la interpretación evolutiva vinculante del Tribunal Constitucional (artículo 161, apartados 1.c) y 2, de la Constitución), que hace posible el desarrollo y la interpretación de las normas concernidas. Prueba de ello son las leyes de reforma de los Estatutos de Autonomía y su sometimiento a la interpretación del Tribunal Constitucional.

Referencias:

1. ^ RUBIO LLORENTE, F.: “El bloque de constitucionalidad. Ponencia Española”, en FAVOREU, L., y RUBIO LLORENTE, F.: *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 95 y ss., en particular p. 118. Ensayo recogido también, sin modificaciones, en RUBIO LLORENTE, F.: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Vol. I., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 103 y ss.
2. ^ RUBIO LLORENTE, F.: “El bloque de constitucionalidad. Ponencia Española”, en FAVOREU, L., y RUBIO LLORENTE, F.: *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 95 y ss., en particular pp. 119-121.
3. ^ Esta configuración jurídica de la medida había sido realizada ya expresamente por la doctrina científica, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La renta mínima garantizada. De la renta mínima a la renta básica*, Albacete, Bomarzo, 2018, espec., Capítulo 3.2. “La propuesta de racionalización a través de la reconducción de las rentas mínimas autonómicas en el Sistema de Seguridad Social: la creación de una renta mínima garantizada a nivel estatal”, pp. 98 y ss.; *Ibid.*, “La renta Mínima para las familias sin

- recursos”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, octubre de 2018, publicado en Murcia, Laborum, 2018, pp. 831 y ss. Un estudio completo en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G., y TRILLO GARCÍA, A.R.: *El Ingreso Mínimo Vital*, Murcia, Laborum, 2ª edición, 2023.
4. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social (artículo 41 CE)”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2002, p. 1495.
 5. ^ BOE núm. 9, de 10 de enero de 2003.
 6. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho a la Seguridad Social y Asistencia Social (art. 22 DUDH; art. 9 PIDESC)”, en VV.AA.: *El sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, ed. Comares, 2014, pp. 515 y ss.; *Ibid.*, “Derechos a la Seguridad Social (Art. 12 de la Carta Social Europea)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2017, pp. 629 y ss.; *Ibid.*, “Seguridad Social y ayuda social” (Art. 34 de la Carta de la UE)”, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012, pp. 893 y ss.
 7. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución)”, en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^a. N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, pp. 1425-1524, espec., pp. 1453 y ss. (“3. Finalidad de la Seguridad Social”).
 8. ^ *En la perspectiva histórica de desarrollo de las políticas de Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los (pre)supuestos histórico-institucionales de la Seguridad Social en la constitución social del trabajo”, en ROJAS RIVERO, G. (Coord.): *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, Bomarzo, 2012, págs. 203-328.
 9. ^ *En este sentido* MONEREO PÉREZ, J.L.: *La Renta Mínima Garantizada. De la Renta Mínima a la Renta Básica*, Albacete, Bomarzo, 2018, cap. 3 (“El modelo español de rentas mínimas de inserción o de renta garantizada de ciudadanía”), págs. 57 y sigs.
 10. ^ “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes se comprometen: [...] a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social” (artículo 12. 3º CSEr.).
 11. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La gestión de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea*, Murcia, Laborum, 2021, pp. 11 y ss., en particular pág. 34; *Ibid.*, “Los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF460*, (2021), 129-146, en particular pp. 141 y 143; *Ibid.*, “Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 45 (2017). Véase *Instrumento de Ratificación de la Carta Social (Revisada)*, hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. BOE, núm. 139, 11 de junio de 2021.

12. ^ *Teniendo en cuenta que este precepto establece una colaboración necesaria entre Estado-Comunidades Autónomas, sujeto al principio de cooperación como mecanismo para la articulación interna del Estado Social Autonómico*, MONEREO PÉREZ, J.L. y DÍAZ-AZNARTE, T.: *El Estado Social Autonómico. Estudio especial del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Albacete, 2008; MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E.: *El Principio de Cooperación como solución del Estado Autonómico. Una propuesta para la reforma (constitucional, o no) del sistema público de protección social en España*, Granada, Comares, 2018.
13. ^ *Un valoración de conjunto*, MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *“El Ingreso Mínimo Vital: una valoración de su implantación: A propósito de las Opiniones de la AIReF y del impacto “sistémico” del IMV en el perfeccionamiento del Sistema de Seguridad Social”*. (2023). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, 36,13-33. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/797>
14. ^ *“España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho [...]” (artículo 1 de la Constitución)*

§ 26 Cómputo del tiempo de fijeza discontinua a efectos de servicios previos.

Antonio V. Sempere Navarro

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

Resumen: Se discute cómo contabilizar el tiempo de contratación fija discontinua (régimen laboral) a efectos de servicios previos cuando una persona accede a la condición de funcionaria. La STS-CONT comentada se inclina por contabilizar como periodo de servicios tanto el tiempo en que se ha trabajado cuanto los tramos intermedios. Invoca el criterio de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Palabras clave: Trabajos fijos discontinuos. Reconocimiento de servicios previos.

Abstract: It discusses how to count the time of permanent discontinuous hiring (labor regime) for the purposes of previous services when a person accesses the status of civil servant. The STS-CONT is inclined to count as a period of service both the time in which work has been carried out and the intermediate sections. It relies on the judgment of the Fourth Chamber of the Supreme Court and the case-law of the Court of Justice of the European Union.

Keywords: Permanent discontinuous jobs. Acknowledgment of previous services.

I. Introducción

Mediante Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo el legislador de urgencia asumió el contenido del Diálogo Social desarrollado en los meses precedentes. Por cuanto ahora interesa, hay que resaltar su preferencia por la contratación por tiempo indefinido^[1].

La modalidad de contratación estelar, enormemente potenciada y erigida en impensado paradigma de *flexiseguridad* fue la contratación fija discontinua (CFD). Se trata de una añeja modalidad de contratación, que posee ciertas peculiaridades (sin llegar a erigirse como relación de carácter especial) y que ha venido suscitando enormes dudas acerca de su especificidad o subsunción en el grupo de contratos a tiempo parcial. Con esta norma ha desaparecido la distinción entre contratos fijos periódicos y discontinuos, respondiendo de hecho a lo que ya existe a efectos de protección social, al concurrir identidad en el ámbito objetivo de cobertura y evitando con ello diferencias de trato injustificadas^[2]. Asimismo, se priva de vigencia al artículo 12.3 ET (conforme al cual el contrato a tiempo parcial se entendería celebrado por tiempo indefinido si perseguía realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa).

La STS-CONT 597/2024 se dicta en el seno de un procedimiento sobre cómputo de los servicios previos en la Administración del personal laboral fijo discontinuo. Primariamente está en juego la Ley 70/1978, sobre reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, aunque la clave de la solución aparecerá de la mano del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997), a su vez inspirador de la actual regulación albergada en el Estatuto de los Trabajadores (ET).

Se trata, una vez más, de supuesto en que confluyen previsiones nacionales con otras de Derecho eurounitario, así como reglas de Derecho Administrativo (funcionario) con otras de Derecho del Trabajo. Conjugándolas va a aparecer la solución al problema planteado por quien estuvo vinculado a determinada Administración mediante una relación laboral de tipo fijo discontinuo y luego accede al funcionariado.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 597/2024, de 10 abril.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 4607/2023.

ECLI:ES:TS:2025:1865.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

Votos Particulares: carece.

III. Problemas suscitados. Hechos y antecedentes

Se discute si, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, cabe reconocer los servicios previos prestados mediante un contrato de trabajo fijo discontinuo, teniendo solo en cuenta el tiempo de servicios efectivos prestados, o añadiendo también los periodos de tiempo entre llamamientos en los que no hubo efectiva prestación de servicios.

1. Trayectoria profesional del accionante

Ante de adquirir la condición de funcionario de carrera, el actor vino prestando servicios para la Administración como personal laboral fijo discontinuo.

El 12 de marzo de 2018 fue nombrado funcionario de carrera del Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado y, al día siguiente, tomó posesión de un puesto de trabajo en la Delegación Especial de Valencia (Delegación de Alicante) de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT).

Por resolución de 13 de junio de 2018, del Subdirector General de Gestión Administrativa de Personal de dicha Agencia, dictada por delegación del Director General, le fueron reconocidos, a efectos del cómputo de trienios, un total de 2 años, 3 meses y 23 días de servicios previos prestados en el grupo C2.

2. El procedimiento administrativo

Posteriormente (enero de 2020) el accionante solicitó del Director General de la AEAT que la antigüedad durante el tiempo en que ostentó la condición de fijo discontinuo le fuera computada por años naturales, tanto a efectos económicos, como de promoción profesional.

Al no obtener respuesta expresa a dicha solicitud, formuló recurso de reposición en el que volvió a solicitar que se le reconociera idéntico derecho al cómputo de la antigüedad.

Transcurrido el plazo legalmente previsto sin obtener resolución expresa, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio del recurso de reposición.

Con fecha 4 de agosto de 2021, la Directora del Departamento de Recursos Humanos de la referida Agencia desestimó la petición.

3. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia

Mediante sentencia 319/2023, de 13 de abril, la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó la demanda, tanto respecto de la resolución tácita (por silencio) cuanto de la tardía y expresa.

La decisión se basa en la doctrina sentada por el Auto TJUE de 15 de diciembre de 2019 (asuntos acumulados C-439/18 Y c-427/18)^[3] y de lo razonado en las SSTS-SOC de 19 de noviembre de 2019, 29 de junio de 2021 y 14 de septiembre de 2022 (rucd. 2309/2017, 1449/2019 y 3465/2019, respectivamente), que han acogido la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La proporcionalidad vale en el caso del trabajo a tiempo parcial, pero no para determinar la fecha de adquisición de un derecho a un componente de la retribución, en la medida en que esta depende exclusivamente de la duración de la antigüedad adquirida por el trabajador, pues esta antigüedad se corresponde con la duración efectiva de la relación laboral y no con la cantidad de trabajo realizada durante dicha relación. En consecuencia, el principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo implica que la duración de la antigüedad tenida en cuenta a efectos de la determinación de la fecha de adquisición de la antigüedad para percibir un trienio se calcule para el trabajador a tiempo parcial como si hubiera ocupado un puesto a tiempo completo, tomando en consideración íntegramente los períodos no trabajados^[4].

IV. Posición de las partes

Disconforme con esa decisión, la AEAT, representada por la Abogacía del Estado formula recurso de casación para clarificar si el trabajador tiene derecho al cómputo de la antigüedad por años naturales respecto de los servicios prestados para la Administración como personal laboral fijo discontinuo en aplicación del artículo 1 de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública.

1. La Administración

Argumenta que debe aplicarse la Ley 70/1978 y no la jurisprudencia del TJUE o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo respecto de cómputo de antigüedad del personal laboral fijo discontinuo. Critica a la STSJ Madrid que ha desenfocado el asunto porque la Ley circunscribe el reconocimiento de servicios previos en la Administración a los servicios efectivos, lo que excluye que se puedan reconocer o computar como servicios previos los períodos de inactividad de los trabajadores fijos discontinuos:

- El TJUE afrontó el tema referido al cómputo de los servicios previos de trabajadores fijos discontinuos que continuaban teniendo la condición de tales, mientras que ahora el solicitante ya ha accedido a la condición funcional. Al trasladar la sentencia recurrida ese cómputo a los funcionarios de carrera que prestan servicios a tiempo completo se deja de aplicar el principio *pro rata temporis*.
- Las SSTS aplica normas laborales a las relaciones de trabajo, pero al funcionario no cabe hacerlo pues posee una regulación específica. La

jurisprudencia laboral es válida mientras el personal continúe ligado a la Administración en régimen de contratación laboral fija discontinua, pero no cuando cambia su tipo de vinculación.

La solución del TSJ Madrid produce una discriminación entre los funcionarios de carrera que antes han sido trabajadores fijos discontinuos y los que han prestado servicios ininterrumpidos durante años sin haber ostentado esa condición de fijos discontinuos, pues estos últimos se podrán ver preteridos en su promoción por el injustificado reconocimiento de una mayor antigüedad al personal que antes fue fijo discontinuo.

2. El recurrido

La tesis del funcionario es opuesta a la de la AEAT. Reitera los argumentos de la sentencia recurrida y la necesidad de estar a la doctrina acuñada en el ámbito social.

V. Normativa aplicable al caso

La cuestión declarada de interés casacional objetivo es determinar el modo de contabilizar los servicios previos que, en régimen laboral, tuvieron fijeza discontinua.

1. Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública

La Ley 70/1978, pensando en el “devengo de los trienios” (art. Segundo.1), en “Los derechos individuales de naturaleza económica”, aunque sin precisarlo claramente, estableció lo siguiente (artículo Primero):

Uno. Se reconocen a los funcionarios de carrera de la Administración del Estado, de la Local, de la Institucional, de la de Justicia, de la Jurisdicción del Trabajo y de la Seguridad Social la totalidad de los servicios indistintamente prestados por ellos en dichas Administraciones, previos a la constitución de los correspondientes Cuerpos, Escalas o plazas o a su ingreso en ellos, así como el período de prácticas de los funcionarios que hayan superado las pruebas de ingreso en la Administración pública.

Dos. Se considerarán servicios efectivos todos los indistintamente prestados a las esferas de la Administración pública señaladas en el párrafo anterior, tanto en calidad de funcionario de empleo (eventual o interino) como los prestados en régimen de contratación administrativa o laboral, se hayan formalizado o no documentalmente dichos contratos.

Tres. Los funcionarios de carrera incluidos en el apartado uno tendrán derecho a percibir el importe de los trienios que tuviesen reconocidos por servicios sucesivos prestados, desempeñando plaza o destino en propiedad, en cualquiera de las mencionadas esferas de la Administración, o en la Administración Militar y Cuerpos de la Guardia Civil y Policía Armada.

2. Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES

La Cláusula 4ª del Acuerdo incorporado a esta Directiva se ocupa del “Principio de no discriminación” y tiene el siguiente contenido

1. Por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de *pro rata temporis*.

3. Estatuto de los Trabajadores

El actual artículo 16 ET se ocupa del trabajo fijo discontinuo y su apartado 6 se expresa en los siguientes términos:

Las personas trabajadoras fijas-discontinuas no podrán sufrir perjuicios por el ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo y otras causas justificadas en base a derechos reconocidos en la ley o los convenios colectivos.

Las personas trabajadoras fijas-discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia.

VI. Doctrina básica

En línea con recientes pronunciamientos de la propia Sala Tercera^[5] se considera que, a efectos del cómputo de los servicios previos en la Administración de los trabajadores fijos discontinuos, debe tenerse en cuenta todo el tiempo de duración de la relación laboral, desestimando, en consecuencia, el recurso de casación interpuesto por la Administración.

1. Alcance de los servicios previos "efectivos"

El art. 1 de la Ley 70/1978 habla de servicios "efectivos" y solo los que posean tal condición pueden ser reconocidos como servicios previos en la Administración. Sin embargo, esta idea básica (el fundamento del recurso de casación) viene matizada por otras consideraciones:

- Toda norma interna debe ser interpretada y aplicada en concordancia con el Derecho de la Unión Europea. La prohibición de discriminación de los trabajadores temporales conduce a reconocer al trabajador fijo discontinuo todo el tiempo de la relación de trabajo como tiempo de servicios previos.
- El interrogante sobre qué debe entenderse por servicios previos es, desde un punto de vista puramente lógico, independiente de cuál sea la situación posterior desde la que se solicita su reconocimiento.
- Un determinado período de tiempo pasado no adquiere o pierde la condición de servicios previos por el hecho de que quien ahora lo pide sea empleado a tiempo completo o a tiempo determinado. Esta conclusión, por lo demás, tampoco puede verse enervada por el principio *pro rata temporis*; el ATJUE no lo considera relevante a efectos de computar el tiempo de servicios previos del trabajador a tiempo determinado.

2. Interpretación sistemática

Cuando una persona que ha trabajado a tiempo completo para la Administración - como personal estatutario interino o como personal laboral- adquiere la condición de funcionario público el reconocimiento de sus servicios previos en la Administración abarca todo el tiempo de esa relación, incluidos aquellos períodos en que no ha habido trabajo real y efectivo, tales como vacaciones, bajas por enfermedad, etc.

No es cierto que el art. 1 de la Ley 70/1978 sea interpretado y aplicado en el sentido de que solo deben computarse los días efectivamente trabajados.

A los trabajadores fijos discontinuos no se les puede aplicar una interpretación más rigurosa del mencionado precepto legal, consistente en computar solo los días realmente trabajados; pregunta a la que no resulta ajeno el dato de que la frecuencia y la duración de los llamamientos no depende de su voluntad.

3. *Jurisprudencia social*

La jurisprudencia social unificada proscribe que a estos trabajadores se les compute, a efectos de derechos económicos y de promoción profesional, únicamente el tiempo efectivamente trabajado, sino que ha de tenerse en cuenta todo el tiempo de trabajo de la relación laboral.

Dado que en ambos órdenes jurisdiccionales es relevante la cláusula 4 del citado Acuerdo Marco, no hay razón por la que en el ámbito administrativo deba la respuesta ser diferente en el ámbito funcionarial.

4. *Aplicación restrictiva del criterio*

La doctrina acuñada (a efectos del cómputo de los servicios previos en la Administración de los trabajadores fijos discontinuos, debe tenerse en cuenta todo el tiempo de duración de la relación de trabajo) se refiere exclusivamente a los servicios prestados en virtud de un contrato de trabajo fijo discontinuo.

Se salva expresamente el caso de personal laboral que presta servicios de manera esporádica en la Administración con arreglo a otros regímenes jurídicos, como puede ser -entre otros- la inclusión en una bolsa de trabajo.

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye desestimando el recurso de casación interpuesto por la Administración demandada. Por tanto, se desestima el recurso de casación n.º 4607/2023 interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia n.º 319/2023 de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de abril de 2023.

A tenor de lo establecido por el artículo 93.4 de la LJCA cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y con las comunes por mitad en el recurso de casación.

VIII. Pasajes decisivos

El Fundamento de Derecho Quinto contiene la respuesta a la cuestión de interés casacional, que formula del siguiente modo:

La respuesta que hemos de dar a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia ha de ser la siguiente: a efectos del cómputo de los servicios previos en la Administración de los trabajadores fijos discontinuos, debe tenerse en cuenta todo el tiempo de duración de la relación laboral.

IX. Comentario

1. *Una nueva regulación de la fijeza discontinua*

El artículo primero.Cuatro del RDL 32/2021 modificó el artículo 16 del ET en su integridad. Si antes constaba de 4 apartados, ahora duplica su extensión (hasta un total de 8)^[6]. Los principales cambios guardan lógica conexión con el propósito de la reforma de potenciar la CFD como herramienta de lucha contra la temporalidad: 1º) Desaparece la histórica distinción entre el contrato a tiempo parcial y el fijo-discontinuo (en función de si se repetía o no en fecha cierta); 2º) Aumenta el espectro de supuestos que justificarían la celebración de dicho contrato; 3º) Potencia el papel de los convenios colectivos y de los acuerdos de empresa; 4º) Refuerza los deberes de información. Su caracterización general es la siguiente:

- Tiene como objeto tareas de naturaleza estacional o temporada, así como las intermitentes con ejecución cierta (determinada o indeterminada). También cabe para prestación de servicios en el marco de la ejecución de contrata mercantiles o administrativas (previsibles y constitutivas de la

actividad ordinaria de la empresa) o para que la ETT se vincule con el personal que cede.

- Requiere forma escrita y posee contenido necesario (duración del periodo de actividad, jornada y su distribución horaria).
- Mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa, se establecerán los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento (que debe realizarse modo fehaciente), cuya omisión abre la posibilidad de accionar por despido (desde ese momento o el de su conocimiento).
- En el caso de contratas los periodos de inactividad (con duración máxima de tres meses, salvo convenio) solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones.
- Los convenios colectivos sectoriales poseen importantes competencias (bolsa de empleo, posibilidad de celebrarlos a tiempo parcial, elaboración de un censo anual, periodo mínimo de llamamiento anual, indemnización por fin de campaña, etc.).
- La antigüedad se calcula teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, salvo las condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza.
- La empresa debe informar, también a la representación legal de quienes trabajan (RLT), sobre vacantes de carácter fijo ordinario.
- Se trata de colectivo prioritario para la de formación del sistema de formación profesional durante los periodos de inactividad.

2. *Cómputo de antigüedad; antes del RDL 32/2021*

Con anterioridad al RDL 32/2021 eran dos los tipos de problemas afrontados en el ámbito del complemento de antigüedad. Uno, el referido a cuestiones de índole general. Otro, el específico sobre los periodos de inactividad.

A) Respecto del primero: deben computarse, a efectos del complemento de antigüedad, los servicios prestados bajo contratos temporales que, en realidad, servían para realizar trabajos fijos discontinuos desde la tipificación legal de esta figura contractual en el art. 15.6 del ET^[7]. El cómputo de la antigüedad se remonta al comienzo de la relación laboral, a todos los efectos (no sólo los económicos), cuando media una sucesión de contratos temporales por circunstancias de la producción en actividad que es considerada fija discontinua^[8]. La antigüedad del trabajador fijo discontinuo al que se reconoce judicialmente tal condición se computa desde la fecha del primer contrato aparentemente temporal concertado con la empresa (Iberia)^[9].

B) Respecto del segundo, inicialmente el TS sostuvo que el cómputo de la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos, a efectos del devengo de trienios y de causar derecho a la promoción profesional, solo tendrá en cuenta el tiempo efectivo de prestación de servicios y no el tiempo transcurrido desde el primer contrato^[10].

Sin embargo, por exigencia de la doctrina del TJUE (advirtiendo una indirecta discriminación por razón de género, dado que la mayoría de personas con CFD eran mujeres)^[11], el TS cambió de criterio y pasó a sostener que a efectos de promoción económica, trienios y de promoción profesional -interna, vertical, horizontal y externa- de los trabajadores fijos discontinuos, se tendrá en cuenta todo el tiempo de duración de la relación laboral y no únicamente el tiempo efectivamente trabajado^[12].

C) El TS ha resuelto que tanto la doctrina del TJUE como la propia referida no se aplica al cálculo de la indemnización por despido. Conforme al tenor literal de la norma (art. 56.1 del TRET: "por año de servicio"), esos periodos de inactividad no deben computarse a efectos indemnizatorios. La indemnización por despido constituye una compensación por la extinción del contrato que tiene naturaleza extrasalarial y que se calcula sobre la base del tiempo de servicio, con los topes legales. Durante los

periodos de inactividad no se produce dicha prestación de servicios, por lo que no puede computarse con esta finalidad.

En suma, no deben computarse los periodos de inactividad o entre campañas para el cálculo de la indemnización por despido improcedente de los trabajadores fijos discontinuos, solo los periodos en los que ha existido prestación efectiva de servicios; no existe discriminación respecto de un trabajador fijo a tiempo completo, porque en ambos casos se computan los servicios efectivamente prestados^[13].

3. La nueva regulación (art. 16.6.II ET)

No existe unanimidad acerca del alcance que posee la regulación estampada en el segundo párrafo del actual art. 16.6.II ET. Conforme a ella aparecen dos reglas sobre el derecho de quienes están vinculados mediante CFD:

- Primera: *tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados.*
- Segunda: *ese criterio general cuenta con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia”.*

Queda claro que a efectos de determinación del período de antigüedad del trabajador es computable todo el tiempo de trabajo en la empresa, así como el tiempo transcurrido en situación de excedencia forzosa (art. 46.1 ET). La antigüedad en el trabajo fijo discontinuo se computa desde el inicio de la actividad, teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados (art. 16.6.II ET).

La norma se refiere al cómputo de la “*antigüedad*”, -no a “*años de servicio*”-; de lo que podría deducirse que la fórmula de cálculo prevista en la ley viene referida a efectos de reconocimiento de derechos (ya sean económicos, de promoción, etc.). De este modo, podría concluirse que el legislador ha positivado el previo estado de la cuestión.

Sin embargo, como no se habla de “complemento de antigüedad” tampoco está descartada la interpretación distinta. Todo depende, en suma, del alcance que se confiera a la regla excepcional sobre *condiciones que exijan otro tratamiento*.

4. Periodos de inactividad

El artículo 16.8 ET identifica a las personas con CFD como colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral durante los periodos de inactividad.

Aunque la protección por desempleo queda al margen de esta exposición, conviene recordar que los periodos de inactividad siguen protegidos por desempleo^[14]; desaparece referencia a fijos periódicos en fechas ciertas (art. 267.1 LGSS). Además, es previsible que la acción protectora por este motivo se vea mejorada en los próximos tiempos^[15].

X. Apunte final

Una vez más la Sala Tercera del Tribunal Supremo procura alinear su solución con los criterios unificados de la jurisprudencia social, lo que merece una valoración muy favorable.

Por otro lado, conviene advertir que en el caso no se ha invocado la excepción contemplada en el propio artículo 15.e ET (“aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia”) y que, en su caso, permitiría afrontar

razonablemente los problemas apuntados por el recurso de casación respecto de un trato desfavorable (discriminatorio) para el personal a tiempo completo. Se trata, por definición, de supuestos en los que uno y otro grupo de personas concurre (por ejemplo, traslado); pero aquí se está hablando de derechos de corte individual, promocional pero sin competencia con otros sujetos. La solución adoptada es tanto más acertada si se repara en el ámbito aplicativo de la Ley de 1978. Otra cosa es que posteriormente se desborde el mismo.

Referencias:

1. [^] *El reforzamiento del contrato indefinido y la configuración de un sistema eficiente de lucha contra la precariedad son elementos imprescindibles para la construcción de una economía competitiva. La norma quiso superar la segmentación injustificada del mercado de trabajo, así como las tasas de temporalidad, en especial las asociadas con personas jóvenes. Desde luego, ha tenido muy en cuenta 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 (no discriminación; evitación de abusos por sucesivos contratos temporales), así como la doctrina del TJUE.*
2. [^] *La norma indica que no resulta justificado distinguir ni a efectos legales ni conceptuales el fijo discontinuo del fijo periódico, incluyéndolos en una categoría y régimen común que subraya el carácter indefinido de la relación laboral y recoge un catálogo de derechos de las personas trabajadoras que, sin perjuicio de las especialidades asociadas a esta modalidad contractual, garantiza el principio de no discriminación e igualdad de trato.*
3. [^] *El ATJUE 15 diciembre 2019 concluye que el Derecho de la UE "se opone a una normativa conforme a la cual, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, solo se imputan, a efectos del cálculo de la antigüedad requerida para poder percibir trienios en concepto de complementos retributivos, los periodos efectivamente trabajados, excluyéndose por tanto los periodos en los que no se ha trabajado, mientras que esta normativa y esta práctica no se aplican en el caso de los trabajadores a tiempo completo"*
4. [^] *La Cláusula 4.1 del referido Acuerdo Marco es incondicional y lo suficientemente precisa para ser invocada frente al Estado por los particulares ante un juez nacional. Siendo función de los tribunales de justicia la garantía del cumplimiento efectivo del Derecho de la Unión Europea y considerando que, en el presente caso, el procedimiento nacional seguido ha privado a los administrados de los derechos que les confiere dicho ordenamiento, decide estimar el recurso interpuesto y reconocer el derecho a que la antigüedad del recurrente en su relación laboral como personal laboral fijo discontinuo previa a su adquisición de la condición de funcionario de carrera le sea computada por años naturales, tanto a efectos económicos, como de promoción profesional.*
5. [^] *SSTS-CONT 400/2024, de 6 marzo (rec. 723/2023) y 388/2024 de 6 marzo (rec. 739/2023).*
6. [^] *La norma afirma que persigue la estabilidad, la transparencia y la previsibilidad del contrato a través de una mejora de la información sobre la jornada y los periodos de actividad en el contrato de trabajo, otorgando un papel fundamental a la negociación colectiva, entre otros, en relación con régimen de llamamiento o la formación y mejora de empleabilidad de las personas fijas discontinuas durante los periodos de inactividad*

7. ^ SSTS 11 noviembre 2002 (RJ 2002, 10577) (Ponente, Sr. Marín Correa); 25 abril 2005 (RJ 2005, 3763); 28 junio 2007 (RJ 2007, 6855) y 20 julio 2010 (RJ 2010, 7274).
8. ^ SSTS de 14 octubre 2014 (RJ 2014, 5237) (Ponente, Sr. Gilolmo López); 15 octubre 2014 (RJ 2014, 5805); 15 octubre 2014 (RJ 2014, 5366); 20 noviembre 2014 (RJ 2014, 6201); 7 mayo 2015 (RJ 2015, 2235); 24 febrero 2016 (PROV\2016\71103); 1 julio 2016 (rcud. 615/2015); 28 septiembre 2016 (RJ 2016, 5210); 17 noviembre 2020 (RJ 2020, 5313) y 25 noviembre 2020 (RJ 2020, 5390).
9. ^ STS 25 febrero 1998 (RJ 1998, rec. 2013/97)(Ponente, Sr. Fernández López).
10. ^ SSTS de 18 enero 2018 (RJ 2018, 344) (Ponente, Sr. López García de la Serrana); 1 marzo 2018 (RJ 2018, 1099); 1 marzo 2018 (RJ 2018, 1469); 13 marzo 2018 (RJ 2018, 1001); 13 marzo 2018 (RJ 2018, 1292); 5 junio 2018 (RJ 2018, 3055); 5 junio 2018 (RJ 2018, 3414); 5 junio 2018 (RJ 2018, 3053); 6 junio 2018 (RJ 2018, 3286); 7 junio 2018 (RJ 2018, 3417); 17 julio 2018 (RJ 2018, 4173); 12 septiembre 2018 (RJ 2018, 4366); 12 septiembre 2018 (RJ 2018, 4536); 12 septiembre 2018 (RJ 2018, 4542); 12 septiembre 2018 (RJ 2018, 4561); 18 diciembre 2018 (RJ 2018, 6069) y 5 marzo 2019 (RJ 2019, 1710).
11. ^ Auto de 15 de octubre de 2019 (C-439/2018).
12. ^ SSTS de 19 noviembre 2019 (RJ 2019, 5476) (Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga); 10 diciembre 2019 (RJ 2019, 5502); 19 mayo 2020 (RJ 2020, 2064) y 25 junio 2020 (RJ 2020, 2773). La STS 738/2022 de 14 septiembre (rcud. 3465/2019) recopila esa doctrina.
13. ^ STS de 30 julio 2020 (RJ 2020, 3992) (Ponente, Sr. Molins García-Atance).
14. ^ STS de 29 septiembre 2004 (RJ 2004, 6060)(Ponente, Sr. Desdentado Bonete).
15. ^ Cf. en STS 641/2022 de 12 julio un ejemplo práctico de la repercusión que posee (en materia de jubilación anticipada parcial) que estemos ante CFD de actividad que se repite en fechas ciertas.

§ 27 Alterne más prostitución no es lo mismo que solo alterne.

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Galicia).

Resumen: A los efectos de apreciar la laboralidad de una relación entre unas alternadoras y la empresa dedicada a la explotación del club de alterne, son situaciones diferentes la de unas alternadoras que no consta ejerzan la prostitución y otras alternadoras que realizan ejercicio de la prostitución. En el primer caso, se estima la laboralidad, mientras en el segundo, se niega la laboralidad. El Tribunal Supremo considera no hay contradicción entre ambas doctrinas e inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina.

Palabras clave: Prostitución. Alterne. Relación laboral. Recurso de casación. Contradicción entre sentencias.

Abstract: For the purposes of assessing the labor nature of a relationship between some hostesses and the company dedicated to the exploitation of the hostess club, there are different situations between some hostesses who are not known to be engaged in prostitution and other hostesses who are engaged in prostitution. In the first case, employment relationship is recognized, while in the second, employment relationship is denied. The Supreme Court considers there is no contradiction between both doctrines and rejects the appeal for the unification of doctrine.

Keywords: Prostitution. Drinking with customers. Employment relationship. Cassation appeal. Contradiction between sentences.

I. Introducción

La cuestión suscitada en el litigio se centraba en determinar la existencia o no de relación laboral en los servicios prestados por quienes realizaban una actividad de alterne en un club sin que conste el ejercicio de la prostitución. Las sentencias de instancia y de suplicación declararon la existencia de relación laboral entre las alternadoras y la empresa. Ante estas sentencias, la empresa recurre en casación para unificación de doctrina invocando como de contraste una sentencia donde se rechaza la existencia de relación laboral por considerar acreditado el ejercicio de la prostitución y entender ilícito un contrato de trabajo cuyo objeto es la explotación de la prostitución ajena. El Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina al considerar no existe contradicción entre una sentencia en la cual se considera la existencia de relación laboral en una actividad de alterne en un club sin que conste el ejercicio de la prostitución y otra sentencia donde se rechaza la existencia de relación laboral cuando hay prostitución.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 254/2024, 9 febrero.

Tipo y número recurso: RCUd núm. 973/2021.

ECLI:ES:TS:2024:876

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. La sentencia recurrida y su doctrina

El 10/10/2017 a las 20:30 h se gira visita por la Inspección de Trabajo junto con la Policía Nacional en un club de alterne de Málaga cuya explotación es llevada por Servicios Hoteleros Málaga Alameda S.L. Derivada de la visita se extiende acta por 27 infracciones consistentes en no solicitar afiliación o alta de los trabajadores del art. 22.2 de la LISOS, calificándose como grave y proponiendo por cada infracción la cantidad de 4.689 euros.

Igualmente derivado del acta de visita se extiende acta de liquidación de cuotas a la seguridad social, dando de alta a las trabajadoras y atribuyéndole una categoría del convenio colectivo de hostelería de Málaga con un salario de 53,44 euros diarios.

A 27/09/2018 la TGSS insta procedimiento de oficio para la declaración de la relación laboral entre la sociedad y las personas identificadas como trabajadoras sin estar de alta.

Tramitada la demanda de oficio, el JS 7 de Málaga dicta Sentencia a 27/01/2021 estimatoria, declarando relación laboral entre la empresa y las 27 mujeres implicadas.

Recurrida en suplicación la Sentencia por la empresa ante el TSJ/Andalucía - Málaga, se dictó sentencia a 27/01/2021, desestimando el recurso de suplicación de la empresa. Al respecto, y dicho de manera sucinta, la sentencia malagueña argumenta que lo que se enjuicia es exclusivamente la actividad de alterne realizada por las codemandadas, entendiéndose por tal la incitación al consumo en establecimientos abiertos al público mediante la provocación del deseo sexual en el cliente, sin que sea objeto del litigio el eventual ejercicio de la prostitución que pudiesen realizar las codemandadas en las habitaciones del club de alterne en las que las codemandadas residían. A partir de aquí sostiene que la actividad de alterne, a la vista de lo declarado probado, es propia de una relación laboral al concurrir las notas de ajeneidad y dependencia al ser la empresa la que ejercía el control de la actividad en su propio local y con un horario predeterminado, pudiendo pedir días de descanso, y retribuía en función de las consumiciones realizadas.

La empresa recurrió ante el TS en casación para la unificación de doctrina, alegando como sentencia contradictoria la STJ/Galicia de 10/04/2013, Rec. Sup. 4031/2012.

2. La sentencia de contraste y su doctrina

La STJ/Galicia de 10/04/2013, Rec. Sup. 4031/2012, es la alegada como sentencia de contraste en el recurso de casación para la unificación de doctrina de la empresa.

El escenario procesal de esta sentencia de contraste es similar al de la sentencia recurrida: el 11/05/2011 a las 23:00 horas se gira visita por la Inspección de Trabajo junto con la Policía Nacional en un club de alterne de Vigo cuya explotación es llevada por Exclusivas Torrado Montero S.L. Derivada de la visita se realizan una serie de actuaciones (la sentencia no las refleja expresamente, pero seguro son las mismas

que las reflejadas en la sentencia malagueña: actas de infracción y actas de liquidación). Finalmente, a 18/11/2011 la TGSS insta procedimiento de oficio para la declaración de la relación laboral entre la sociedad y las personas identificadas como trabajadoras sin estar de alta.

Tramitada la demanda de oficio, el JS 1 de Vigo dicta Sentencia a 31/05/2012 estimatoria, declarando relación laboral entre la empresa y las 11 mujeres implicadas.

Recurrida en suplicación la Sentencia por la empresa ante el TSJ/Andalucía - Málaga, se dictó sentencia a 27/01/2021, desestimando el recurso de suplicación de la empresa. Al respecto, y dicho de manera sucinta, la sentencia gallega considera que las mujeres realizan una actividad de alterne que es inescindible de la actividad de prostitución, diferenciando ese caso de otros previos decididos por la propia sala gallega en que lo único apreciado era una actividad de alterne sin estar acreditado el ejercicio de la prostitución. Una vez verificada esa inescindibilidad, se niega la ilicitud de un contrato de trabajo cuyo objeto fuese la prostitución de la supuesta trabajadora al ser la explotación de la prostitución ajena una forma de violencia de género, de esclavitud de las mujeres y de actividad contraria a la moral, pues tal contrato no sería susceptible de incardinarse en el seno la legislación laboral sino, en su caso, en el Código Penal, siguiendo así las tesis abolicionistas del Convenio para la represión de la trata de personas y de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas (Nueva York, 2 de diciembre de 1949).

IV. Posición de las partes

La empresa recurrente en casación unificadora pretende la revocación de la sentencia dictada en recurso de suplicación y en instancia, desestimando la demanda de oficio de la TGSS al considerar la indebida aplicación de arts. 1.1 y 8 del Estatuto de los Trabajadores.

La TGSS, como parte recurrida, ha impugnado el recurso de casación alegando (1) que no existe identidad entre los supuestos resueltos en la sentencia recurrida y en la sentencia de contraste, (2) que el escrito de recurso incurre en una falta de cita y fundamentación de la infracción legal que se denuncia, y (3) que, en todo caso, la sentencia recurrida ha realizado la debida aplicación de arts. 1.1 y 8 del Estatuto de los Trabajadores.

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que se incurre en falta de contradicción entre las sentencias contrastadas.

V. Normativa aplicable al caso

- Estatuto de los Trabajadores, arts. 1.1 y 8 del Estatuto de los Trabajadores.

VI. Doctrina básica

No hay, ni puede haber, contradicción, entre sentencias que se pronuncian en favor de la naturaleza jurídica laboral de la actividad de alterne, y las que por el contrario niegan la posibilidad de reconocer la existencia de una relación laboral cuando esa actividad conlleva además el ejercicio de la prostitución, tal y como así acontece en el supuesto de la sentencia de contraste y justifica un pronunciamiento diferente al de la recurrida.

VII. Parte dispositiva

(1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Servicios Hosteleros Málaga Alameda SL. (2) Declarar la firmeza de la STSJ/Andalucía - Málaga de 27/01/2021. (3) Con imposición de costas a la parte recurrente.

VIII. Pasajes decisivos

“En la sentencia recurrida se deja constancia de que la actividad de las mujeres era la de alterne no la de prostitución, al contrario de lo que se recoge en la sentencia de contraste, en la que se parte de un hecho cierto como es que en el local en cuestión las codemandadas no solo hacían que los clientes pidieran consumiciones sino que su fin último era que aquellos interesaran la prestación de servicios sexuales que eran atendidos por aquellas”.

“Es más, la propia sentencia de contraste viene a admitir que es posible que una actividad de alterne no esté necesariamente unida a la de prostitución si bien, advierte, que en el caso que resuelve, queda constancia de esa única y esencial actividad, en la que el alterne resulta ser un preámbulo. Es en la sentencia recurrida en la que, precisamente, se ha deslindado claramente una y otra actividad atendida por las aquí codemandadas, en atención a los hechos que declara probados y que, como hemos dicho, no viene apoyada por elemento fáctico alguno por el que se pudiera vincular una y otra actividad”.

IX. Comentario

La laboralidad de la actividad de alterne, entendida como la actividad realizada por la persona trabajadora, normalmente una mujer, de incitar a través de la atracción sexual al consumo de bebidas, normalmente alcohólicas, a los clientes de un establecimiento abierto al público y dentro del ámbito de organización de su titular, pudiendo ser la retribución fija, aunque normalmente es variable dependiente del consumo realizado, es admitida desde una STS, Sala Social, de 3 de marzo de 1981 (RJ 1981\1301), que posteriormente fue reiterada en diversas SSTs de 25 de febrero de 1984 (RJ 1984\923), de 14 de mayo de 1985 (RJ 1985\2712), de 21 de octubre de 1987 (RJ 1987\7172), y de 4 de febrero de 1988 (RJ 1988\571). Tal jurisprudencia está claramente consolidada en la doctrina de suplicación, que adicionalmente ha precisado el carácter flexible de la exigencia de dependencia, que considera irrelevante que la profesión no esté incluida en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, o que la retribución la abone directamente el cliente. Igualmente, en la doctrina de suplicación se ha distinguido entre el alterne por cuenta ajena y el alterne por cuenta propia en que no concurre en particular la nota de la dependencia (la alternadora acude al club de alterne cuando quiere y percibe un tanto de lo consumido).

Pero esta jurisprudencia no sirve como argumento a favor de la laboralidad de la explotación de la prostitución ajena. Y es que a esa jurisprudencia le acompaña otra no menos reiterada según la cual la explotación de la prostitución ajena no puede ser objeto lícito de contrato de trabajo al tratarse de causa ilícita. En este sentido, la STSJ/Galicia de 10 de noviembre de 2004 (Rec. 3578/2004; de la que ha sido ponente quien esto escribe) afirmó (en afirmación luego repetida en otras sentencias y que aparece recogida en la de contraste invocada en el caso de la STS objeto de comentario) que “la explotación de la prostitución ajena (es) una forma de violencia de género, de esclavitud de las mujeres y de actividad contraria a la moral”, añadiendo que “sería un acto delictivo en la medida en que, siguiendo las tesis abolicionistas del Convenio para la represión de la trata de personas y de la prostitución ajena, adoptado el 2.12.1949, desde la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, resulta castigado el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma” (actual artículo 187.1.II del Código penal).

Esta es también la enseñanza de la STS objeto de comentario: No hay, ni puede haber, contradicción, entre sentencias que se pronuncian en favor de la naturaleza jurídica laboral de la actividad de alterne, y las que por el contrario niegan la posibilidad de reconocer la existencia de una relación laboral cuando esa actividad conlleva además el ejercicio de la prostitución, tal y como así acontece en el supuesto de la sentencia gallega de contraste y justifica un pronunciamiento diferente al de la sentencia malagueña recurrida.

Nos encontramos, en consecuencia, con una jurisprudencia y una doctrina judicial perfectamente asentadas, lo que permite resolver los asuntos planteados con seguridad jurídica, y además coherente con el abolicionismo formalmente asumido por el Estado español a través de la firma del Convenio para la represión de la trata de personas y de la prostitución ajena, adoptado el 2.12.1949 (Tratado de Lake Success, Nueva York).

Pero el problema se encuentra en que nuestro entero sistema prostitucional no es un todo coherente, y su aplicación nos sitúa más cerca de otros sistemas prostitucionales que no en el abolicionista, de ahí que esa jurisprudencia y doctrina judicial se mueva en arenas movedizas (más ampliamente, remito al lector o lectora interesados a anteriores análisis: “Prostitución y trabajo: la legislación española”, La Ley, núm. 6736, tomo III, 2007, pp. 1861-1865; “El tratamiento legal de la prostitución: ¿Forma de esclavitud o trabajo sexual” en el libro colectivo dirigido por Esteban PÉREZ ALONSO “El derecho frente a las formas contemporáneas de esclavitud”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 632-654).

Hemos de partir de la idea de que la prostitución en España no es ilícita, de ahí que una mujer ejerciente de la prostitución, en coherencia con el sistema abolicionista formalmente imperante tras la suscripción del Tratado de Lake Success, no comete ningún delito, ni ilícito administrativo, ni debiera merecer ningún reproche moral o ético, y, si aplicáramos correctamente nuestros compromisos internacionales, ni siquiera deberíamos someter a esas mujeres a ningún control o registro (artículo 6 del Tratado), lo cual ya pone en entredicho la actuación de la Inspección de Trabajo de la cual arrancan todos estos pleitos, ya que, si en una actuación en un club de alterne constata prostitución, debería inhibirse de levantar actas de infracción, y su única actuación se debería dirigir, dentro de sus competencias, a proteger a las mujeres explotadas en sus derechos fundamentales.

Ahora bien, y aunque España es un país formalmente abolicionista, el Código penal de 1995 (el llamado Código penal de la democracia) tomó un rumbo contrario al abolicionismo al despenalizar (en oposición con los compromisos del Tratado de Lake Success) la tercería locativa, el rufianismo y la corrupción de menores. Ciertamente, en reformas posteriores (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre) se dio marcha atrás, pero se ha mantenido despenalizada la tercería locativa, y ello facilita que los dueños de los locales, sin incurrir en delito, puedan seguir explotando la prostitución ajena gracias a la interposición de hombres / mujeres de paja (el barman, o una de las mujeres) o de sociedades instrumentales, que arriendan el local por un precio muy superior al de mercado.

Por ello, la actividad de los clubes de alterne con ejercicio de la prostitución, no solo es la tónica general, además es perfectamente conocida, e incluso publicitada sin reparos. Ahora bien, cuando la Inspección de Trabajo llega al club de alterne no siempre recoge la existencia de prostitución, acaso al estar más interesada en sancionar con las consiguientes liquidaciones, y esto lastra la posterior actuación judicial. Cuando nada dice sobre la prostitución, la Jurisdicción social declara el alterne como contrato de trabajo, pero sí dice algo sobre la prostitución, la Jurisdicción social excluye la laboralidad de la relación. Lo que genera la paradoja de que, ante casos iguales en la realidad, las sentencias son distintas.

Una visión estrábica de estas sentencias nos podría además hacer pensar que, cuando se desestima judicialmente la demanda de oficio, se perjudica a las mujeres afectadas. Sin embargo, me permito dudar de que, de estimar la demanda, se beneficien. Cuando sean dadas de alta como alternadoras, si efectivamente se prostituían bajo la dependencia real del dueño del negocio, estarán de alta probablemente en un breve periodo, pues las personas físicas o jurídicas interpuestas las darán de baja en cuanto puedan, y de ahí difícilmente nacerá una prestación de Seguridad Social. Único potencial beneficiado es el Estado que, a través de estas actuaciones, pretende percibir multas y cotizaciones sociales, lo que, sin embargo, no siempre conseguirá porque la titularidad de estas empresas suele recaer sobre personas físicas o jurídicas insolventes. Y las dificultades que todas estas actuaciones

causan en los reales dueños del negocio eventualmente repercutirán en las condiciones de vida de las propias mujeres, quienes a veces se encontrarán obligadas a cambiar de club de alterne para seguir con la actividad.

Hay otros episodios judiciales curiosos en este magma normativo de abolicionismo formal y despenalización material derivados del riesgo de legalización de asociaciones empresariales de prostíbulos bajo la cobertura del asociacionismo de empresas de locales de alterne, asociacionismo que es lícito como se encargó de decidir la jurisprudencia: STS Sala Social, de 27 de noviembre de 2004 (Rec. Cas. 18/2004, Caso Mesalina), que aclara (y ello se agradece para evitar confusión) “que la Sala no puede presumir que la Asociación pretenda fomentar la prostitución y si, en el curso de su actividad futura, así fuera, será entonces cuando habrán de adoptarse las medidas oportunas por quien corresponda”. Igualmente, el riesgo de legalización de sindicatos de prostitutas por cuenta ajena bajo la cobertura de la sindicación de trabajadoras con actividades de connotación sexual (como serían las alternadoras), sindicalización que asimismo es lícita como también se encargó de decidir la jurisprudencia: STS Sala Social, de 1 de junio de 2021 (Rec. Cas. 29/2019, Caso OTRAS), donde se aclara (y ello de nuevo se agradece) que dentro del ámbito funcional de los estatutos no tiene cabida la prostitución contraria a Derecho pues “no puede ampararse en un contrato de trabajo”, y las mismas conclusiones son trasladables respecto de la asociación de quienes desarrollan trabajos de índole sexual por cuenta propia (STS comentada en esta misma Revista por Joaquín GARCÍA MURCIA: “Libertad sindical y trabajo sexual”, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 6, 2021).

X. Apunte final

En un sistema abolicionista, el ejercicio de la prostitución no es ilícito. Lo ilícito es la explotación de la prostitución ajena (proxenetismo, rufianismo, alcahuetería, tercería locativa, e incluso alguna legislación incluye la clientela) pues supone cosificar a la mujer ejerciente de la prostitución, y ello es ilícito en los mismos términos en los cuales sería ilícito cosificar a cualquier persona a través de cualquier forma de explotación humana (formas contemporáneas de esclavitud, servidumbre, trata de personas, trabajo forzoso, tráfico de órganos, mendicidad forzosa ...), sin que se pueda considerar relevante el consentimiento de la persona, como no debe serlo en el caso de la explotación de la prostitución ajena.

Por ello, siempre es ilícito un contrato de trabajo cuyo objeto sea la explotación de la prostitución ajena, se acompañe o no de una actividad de alterne. Solamente si la actividad de alterne por cuenta ajena (o cualquier otra actividad por cuenta ajena en la cual se encuentra implicado un elemento de atracción personal / sexual: compañía, masaje, camarera, bailarina, gogó ...) fuera independiente de la explotación de la prostitución ajena entraríamos en los terrenos propios del contrato de trabajo. Nunca en otro caso. Y esto es lo que nos está dejando claro la STS objeto de comentario y, más genéricamente, la jurisprudencia y la doctrina judicial de la que la STS objeto de comentario es fiel exponente.

Con lo cual, el Tribunal Supremo, Sala Social, se alinea bien con el ideario abolicionista, no solo en sentencias como la comentada relacionadas con demandas de oficio de la TGSS a causa de actas de liquidación levantadas por la Inspección de Trabajo, también en otros casos relativos a asociacionismo empresarial (Caso Mesalina) o sindicatos (Caso OTRAS). Lo que ocurre es que se integran en un sistema prostitucional incoherente al mezclar un abolicionismo formal con una despenalización material, y ello hace que suenen paradójicas o se las critique desde una visión estrábica. Pero no es su culpa: quien la tiene es el Poder legislativo que ha llenado el sistema prostitucional de arenas movedizas.

§ 28 Imprescriptibilidad del complemento de maternidad por aportación demográfica reconocido a los pensionistas varones por el Tribunal de Justicia. Retroacción de sus efectos a la fecha del hecho causante de la pensión contributiva complementada. ¿Y el artículo 14 de la Constitución?

María Emilia Casas Baamonde

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

Resumen: La “íntegra reparación” de la discriminación directa por sexo causada a los hombres por el reconocimiento por el artículo 60 de la LGSS, en su versión de 2015, del complemento de maternidad por aportación demográfica de las pensiones contributivas exclusivamente a las mujeres, prohibida por la Directiva 79/7 (en la interpretación de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C- 4507/18, WA e Instituto Nacional de la Seguridad Social), exige retrotraer los efectos del reconocimiento de dicho complemento a los hombres al momento del hecho causante de la pensión contributiva complementada. La solicitud tardía del complemento no puede entenderse prescrita, ni pueden limitarse sus efectos económicos mediante la aplicación de la regla legal de su retroacción a los tres meses anteriores a la solicitud, retrotraída a la fecha del hecho causante de la pensión.

Palabras clave: Complemento de maternidad. Pensiones contributivas. Pensionistas varones. Hecho causante. Imprescriptibilidad. Efectos económicos. Inseparabilidad de la prestación principal. Principio de oficialidad.

Abstract: The “full reparation” of the direct sex discrimination caused to men by the recognition by Article 60 of the LGSS, in its 2015 version, of the maternity supplement for demographic contribution of contributory pensions exclusively to women, prohibited by Directive 79/7 (in the interpretation of the CJEU of 12 December 2019, C-4507/18, WA and Instituto Nacional de la Seguridad Social), requires the effects of the recognition of that supplement to men to be retroactive to the time of the event giving rise to the supplementary contributory pension. The late application for the supplement cannot be considered time-barred, nor can its financial effects be limited by applying the legal rule of retroactive application to the three months prior to the application, backdated to the date of the event giving rise to the pension.

Keywords: Maternity allowance. Contributory pensions. Male pensioners. Causative event. Imprescriptibility. Economic effects. Inseparability of the principal benefit. Principle official.

I. Introducción

De nuevo accede a la casación unificadora de doctrina el complemento de las pensiones contributivas por maternidad por aportación demográfica, que el art. 60 de la LGSS, en su versión refundida de 2015 y aplicable a las pensiones contributivas causadas a partir de 1 de enero de 2016 (disp. final única LGSS), reservó a las mujeres con al menos dos hijos biológicos o adoptados, beneficiarias de pensiones contributivas del sistema de seguridad social. Dicho complemento tiene, a todos los efectos, naturaleza jurídica de pensión pública contributiva de la seguridad social. Su regulación legal inicial excluyó de su percepción a los varones pensionistas, exclusión que la desafortunada Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18, *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social*^[1], declaró que causó una discriminación directa por sexo a los varones pensionistas “en igual situación” que las mujeres, contraria y prohibida por el art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Aquel complemento no tuvo cabida en las excepciones a la prohibición de discriminación del apdo. 2 del art. 4 (“disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad”), ni del art. 7, apdo. 1.b) (“ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos”; “adquisición del derecho a las prestaciones después de periodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos”) de dicha directiva, ni por la facultad de los Estados de introducir medidas de acción positiva reconocidas por el art. 157.4 del TFUE para “evitar o compensar desventajas” en las carreras profesionales de las mujeres (apartados 60-66).

La aplicación de aquella sentencia dio lugar a la reforma del art. 60 de la LGSS por Real Decreto ley 3/2021, de 2 de febrero, que sustituyó el complemento de maternidad por aportación demográfico de las pensiones contributivas por un complemento para la reducción de la brecha de género en las pensiones, con una nueva regulación configuradora de una acción positiva y cuantía fija, reconociéndolo también a los hombres con ciertos requisitos y condiciones. Financiado mediante una transferencia del Estado al presupuesto de la seguridad social, el derecho al reconocimiento del complemento de pensiones contributivas, para la reducción de la brecha de género, se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación -el porcentaje de diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres-, causadas en el año anterior, sea superior al 5%, derogándose, previa consulta a los interlocutores sociales, cuando la brecha de género sea inferior al 5% (disps. adicionales 36ª y 37ª LGSS).

El legislador de urgencia dejó sin cubrir los hechos causantes comprendidos en el período temporal entre el 1 de enero de 2016, fecha de entrada en vigor del complemento de maternidad por aportación demográfica de las mujeres de la LGSS, discriminatorio de los pensionistas varones con hijos, y el 4 de febrero de 2021, fecha de entrada en vigor de su sustitución por el complemento para la reducción de la brecha de género por el citado Real Decreto-ley 3/2021 en cumplimiento de la referida sentencia del Tribunal de Justicia, aunque se ocupó de mantener la percepción del complemento por maternidad por aportación demográfica por las madres pensionistas que lo venían percibiendo (disp. trans. 33ª LGSS). Los jueces y tribunales, y en concreto la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, han debido aplicar la sentencia del Tribunal de Justicia y levantar, con los medios de nuestro ordenamiento, los efectos de la discriminación causada a los varones pensionistas durante aquel período, resolviendo numerosas demandas en una serie de sentencias integrante de una línea jurisprudencial conformada a la decisión del Tribunal de Justicia, o de interpretación de nuestro ordenamiento de conformidad con su doctrina, sobre la que, sin embargo, ha vuelto a incidir el Tribunal de Justicia con nuevas desautorizaciones, obligando al Tribunal Supremo a modificar su jurisprudencia. La sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2023, C-113/22, *DX e Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social*^[2], declaró que el art. 6 de la Directiva 79/7/CEE exige a los órganos jurisdiccionales nacionales, ante la denegación resistente por las autoridades de seguridad social de

los complementos de maternidad de los pensionistas de sexo masculino tras su anterior sentencia, ordenar a dichas autoridades, además de la concesión del complemento de pensión solicitado por los varones, de una indemnización adecuada a la reparación íntegra de los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de su discriminación por sexo, “según las normas nacionales aplicables, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial, en caso de que la resolución denegatoria se haya adoptado de conformidad con una práctica administrativa consistente en continuar aplicando la referida norma a pesar de la citada sentencia, obligando así al interesado a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial” (apdo. 62).

El legislador ha intervenido de nuevo modificando parcialmente el reformado art. 60 de la LGSS por Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, con vigencia desde el 18 de marzo de 2023, para precisar el reconocimiento del complemento por brecha de género también a los hombres siempre en determinados casos, y el cálculo de las pensiones de ambos progenitores para determinar la mas alta. Introdujo la citada reforma legal en la LGSS una nueva disp. trans. 44ª para aplicar la nueva reforma a hechos anteriores. Estableció que su importe experimentará un incremento, adicional a la revalorización anual, del 10 por ciento en el bienio 2024-2025, que se distribuirá entre ambos ejercicios según determinen las respectivas leyes de presupuestos generales del Estado. Y reformó la disp. adicional 37ª de la LGSS para reordenar su estructura, calificar expresamente de “acciones positivas” al derecho al reconocimiento del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, anunciar que en el marco del diálogo social se pueden fijar con carácter temporal otras medidas de acción positiva para el cálculo de las prestaciones en favor de las mujeres, y limitar el alcance temporal del complemento pensionario y prever su desaparición cuando la brecha de género de las pensiones de jubilación de un año sea *igual* o inferior al 5%. Sobre esta evolución normativa, y la jurisprudencial, reciente, A. Benito Benítez, “El complemento de maternidad-brecha de género y sus avatares jurisprudenciales”, *Briefs AEDTSS*, 39, 2024.

La sentencia comentada se sigue ocupando de la fecha de producción de los efectos económicos del reconocimiento del complemento de maternidad solicitado por varones. Se cuestiona aquí si el derecho de los varones a solicitar el complemento por aportación demográfica de su pensión contributiva de jubilación prescribe o si, por el contrario, es imprescriptible, como la pensión de jubilación a la que acompaña, y si le es de aplicación el art. 53.1 de la LGSS, que establece una retroacción limitativa de sus efectos económicos de tres meses desde la fecha de la solicitud.

Dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó que fuera decidida por Sala de lo Social en Pleno.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 322/2024, de 21 de febrero.

Tipo y número recurso: RCUd núm. 862/2023.

ECLI:ES:TS:2024:1036

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El objeto de la controversia ha quedado ya descrito

1. Hechos

Los probados de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santander, de 19 de julio de 2022, son los siguientes:

1º.- Por resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de Cantabria se reconoció al demandante una pensión de jubilación ordinaria, con cargo al Régimen General de la Seguridad Social, fijándose el hecho causante el 30 de noviembre de 2016 y los efectos económicos de la pensión del 1 de diciembre siguiente.

2º.- Posteriormente, “en fecha 24/01/2022 el actor solicitó el reconocimiento de complemento de maternidad respecto de dicha pensión, que le fue denegado por resolución de 30/12/2021” (sic), por considerar prescrito la Dirección Provincial de Cantabria del INSS el derecho a percibir el complemento solicitado al haber transcurrido más de cinco años desde la fecha del hecho causante hasta la de la solicitud. Formulada reclamación previa, fue desestimada.

3º.- El demandante es padre de tres hijos.

2. Antecedentes

La sentencia de instancia estimó su demanda, reconoció su derecho a percibir con cargo al Régimen General el complemento de maternidad de un 10% de la cuantía inicial de la pensión reconocida, con efectos económicos desde el día 01/12/2016, día inicial de la pensión reconocida, y condenó al INSS y a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) demandadas.

La sentencia 837/2022, de 2 de diciembre, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria^[3] desestimó el recurso de suplicación 840/2022 del INSS y de la TGSS y confirmó la sentencia de instancia en su integridad.

El INSS y la TGSS formalizaron recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando como sentencia de contradicción la dictada por la propia Sala de lo Social del TSJ de Cantabria, 762/2022, de 4 de noviembre, recurso de suplicación 741/2022^[4].

IV. Posición de las partes

El INSS y la TGSS sostuvieron que el complemento por maternidad había prescrito, ya que entre el hecho causante de la prestación principal de jubilación (posterior al 1 de enero de 2016) y la solicitud del complemento habían transcurrido más de cinco años y la consiguiente infracción del art. 53, en relación con el art. 60.6, de la LGSS

En el recurso de casación unificadora de doctrina, en el que no se personó la parte recurrida al obtener plena satisfacción de su petición en la instancia, íntegramente confirmada en grado de suplicación, el Ministerio Fiscal informó que el recurso del INSS y la TGSS debía de ser estimado.

V. Normativa aplicable al caso

Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social

Artículo 3

“1 . La presente Directiva se aplicará

a) a los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos:

- enfermedad,
- invalidez ,
- vejez ,
- accidente laboral y enfermedad profesional ,
- desempleo;”

[...]

Artículo 4

1 . El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo , ya sea directa o indirectamente , en especial con relación al estado matrimonial o familiar , particularmente en lo relativo a :

- el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos ,
- la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones ,
- el cálculo de las prestaciones , incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo , y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones .

2 . El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad.

Artículo 5

“Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias con el fin de suprimir las disposiciones legales , reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato”.

Artículo 7

“1 . La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación:

[...]

b) las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos ; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos;”

[...]

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

Artículo 4. “Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas.”

“La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre:

Artículo 53. “Prescripción”.

“1. El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

[...]

“2. La prescripción se interrumpirá por las causas ordinarias del artículo 1973 del Código Civil y, además, por la reclamación ante la Administración de la Seguridad Social o el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, así como en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se trate”.

Artículo 212. “Imprescriptibilidad”.

“El derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación es imprescriptible, sin perjuicio de que, en los supuestos de jubilación en situación de alta, los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud”.

VI. Doctrina básica

Apreciado el presupuesto procesal de la contradicción entre la sentencia de suplicación recurrida y la de contraste alegada por el INSS, que deja expedito el recurso, el núcleo casacional del recurso se desenvuelve en torno al momento de producción de efectos económicos del complemento de maternidad solicitado por el varón pensionista de jubilación.

La sentencia comentada analiza la regulación por la LGSS del plazo de las acciones dirigidas al reconocimiento de prestaciones de seguridad social. Concluye que ese plazo es, por regla general, de prescripción de cinco años a partir del día siguiente al del hecho causante de la prestación de que se trate, siendo supuestos excepcionales de imprescriptibilidad los reconocidos en los arts. 212 y 230 LGSS en favor de las prestaciones contributivas de jubilación y de las prestaciones por muerte y supervivencia; y que el plazo de retroacción de los efectos económicos del reconocimiento inicial se limita a los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la correspondiente solicitud, con independencia que la acción sea prescriptible o imprescriptible (art. 53.1 LGSS).

A efectos de su aplicación al caso, en que el varón, pensionista de jubilación contributiva reconocida con efectos de 30 de noviembre, y económicos de 1 de diciembre, de 2016, demandó el complemento de maternidad por aportación demográfica de su pensión el 24 de enero de 2022, más de cinco años después, se remite, inicialmente, a la doctrina de la Sala en Pleno, expuesta en las sentencias 160 y 163/2022, de 17 de febrero^[5] y 487/2022, de 30 mayo^[6], que ya se había ocupado del momento de producción de los efectos económicos del complemento de maternidad declarado discriminatorio por el TJUE, señalando que, como regla general, los efectos de las sentencias prejudiciales (art. 267 TFUE) que declaran el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea son *ex tunc*, no habiendo establecido ninguna limitación temporal la STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18, *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social*, pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, el 12 de diciembre de 2019, respecto de los efectos de dicho complemento de maternidad. De ahí que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la interpretación conforme de nuestro ordenamiento con la doctrina de la citada sentencia, con el principio de cooperación leal y con el efecto útil de la Directiva 79/7, interpretación conforme que también obliga a los órganos judiciales nacionales el art. 4 bis.1 de la LOPJ, haya de hacerse con una “retroacción al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante”.

En aquellas sentencias la Sala de lo Social del Tribunal Supremo hubo de decidir la aplicación del art. 53.1 de la LGSS a los casos de solicitud de reconocimiento por

pensionistas varones del complemento por maternidad y hubo de confirmar la interpretación de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de que la retroacción de tres meses encontraba el *dies a quo* desde la fecha de la solicitud. Las entidades gestoras de seguridad social sostenían en su recurso de casación unificadora de doctrina que las responsabilidades derivadas de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declara que una norma nacional con rango de ley resulta contraria al Derecho de la Unión Europea solo producen efectos desde la publicación oficial de esa resolución, con sustento en el art. 32.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, aplicable a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no a las prestaciones de seguridad social, interpretación que el Tribunal Supremo desautorizó con una excelente exégesis del Derecho y de la jurisprudencia europea. Los pensionistas varones demandantes no habían recurrido en casación unificadora, lo que condicionó los términos del enjuiciamiento regidos por el derecho a la defensa y por los principios dispositivo y de congruencia, pues, como bien afirmaron las SSTS 160/2022 y 163/2022, “la decisión nunca podrá situarse en un momento temporal anterior al determinado en fase de suplicación, dado que tal específica cuestión ha devenido firme” (FFDD 4º.3 y 3º.6, respectivamente).

No obstante esas limitaciones, insuperables en sus fallos, la doctrina de las citadas sentencias, reiterada por la STS 487/2022 (FFDD 3º y 4º), fue que el art. 60 de la LGSS, en su versión inicial, había de ser aplicado a los complementos de los pensionistas varones causadas antes de que se hubiera dictado la sentencia para reparar su tacha discriminatoria, “si se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma”, esto es, si se cumplen los requisitos exigidos por la redacción original del art. 60 de la LGSS a mujeres y a hombres. Recuerda la sentencia que solo excepcionalmente, basándose en el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento de la Unión, puede el Tribunal de Justicia limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe, precisando tal limitación de la concurrencia de dos criterios esenciales, la buena fe de los sectores interesados y el riesgo de trastornos graves” (STJUE de 26 de octubre de 2021, asunto C-109/20, *PL Holdings Sàrl*, y las allí citadas). La interpretación conforme con la citada sentencia *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social*, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento, conduce situar el momento de producción de sus efectos jurídicos en un tiempo anterior, a una retroacción al nacimiento mismo de la norma y al acaecimiento del hecho causante, efectos *ex tunc*.

Añade la sentencia comentada, al igual que otras anteriores y, en concreto, la STS 487/2022 (FD 4ª.1), que tal es la interpretación demandada por la Directiva 79/7/CEE, que establece el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres respecto de los regímenes de seguridad social relativos a las prestaciones de enfermedad, invalidez y vejez, entre otras, en relación con el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo. Y por el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que erige la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es principio informador del ordenamiento jurídico, que ha de observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Volviendo a la doctrina de la SSTS 160 y 163/2022, a la que añade la sentencia comentada la extrema dificultad del demandante, en el caso, de haber podido ejercer su derecho en la fecha del hecho causante de su pensión de jubilación, el 30 de noviembre de 2016, reitera que esa es la fecha de producción de efectos del reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica. Y, yendo a la razón de fondo de decidir, manifiesta que tratándose de una discriminación por razón de sexo “contraria al principio de no discriminación y al derecho a la igualdad en los términos del artículo 14 CE y del derecho de la Unión Europea”, “su íntegra reparación” exige la retroacción de efectos económicos al momento del hecho causante decidida por la Sala, “sin que sea dable entender que la solicitud tardía del

complemento en cuestión deba entenderse prescrita, ni tampoco limitar sus efectos mediante la aplicación de la retroacción de los económicos a los tres meses anteriores a la solicitud” (FD 4º.2).

Adicionalmente o a mayor abundamiento argumenta la Sala, para los hechos causantes anteriores al 12 de diciembre de 2019, fecha en que fue pronunciada en sesión pública la STJUE WA c. *Instituto Nacional de la Seguridad Social*, la imposibilidad de fijar el *dies a quo* del inicio del plazo para la solicitud del complemento en fecha anterior a la de la sentencia -el art. 60 de la LGSS solo reconocía el complemento a las mujeres pensionistas-. Los hombres pensionistas “no pudieron adquirir pleno conocimiento de un derecho que la literalidad de la norma les negaba hasta la fecha de la referida sentencia; por lo que con anterioridad a la misma no podía comenzar, en ningún caso, plazo de prescripción alguno” (FD 4º.3).

Además, los complementos de las prestaciones de seguridad social no son prestaciones propias o “específicas”, carecen de independencia en su proceso de gestación y de concesión, insertos en la acción ejercida para solicitar la prestación a la que complementan, cuyo régimen, incluido el económico, siguen.

Precisa la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo que aunque no se trate estrictamente de aplicar el “principio de oficialidad” a los complementos de prestaciones (a éstos, a los complementos actuales para la reducción de la brecha de género, o a los complementos a mínimos), aplicable a las prestaciones de concesión automática, sus efectos son los mismos, bastando con que el beneficiario solicite la pensión para que la entidad gestora deba incluir los complementos, previa la comprobación del cumplimiento por el solicitante de los requisitos para ello. Siendo los efectos los mismos que los derivados del “principio de oficialidad”, solicitada en plazo la prestación contributiva, sus complementos no prescriben ni sus efectos económicos se hallan limitados por el plazo de retroacción que establece al art. 53.1 LGSS. Cita la sentencia otras varias sobre la “oficialidad” de la prestación de incapacidad temporal y sus inaplicaciones excepcionales; entre otras la STS de 20 de diciembre de 1999^[7], en que la Sala, remitiéndose a otras anteriores, declaró que “el abono de la prestación económica correspondiente a la situación de incapacidad laboral transitoria no está condicionada a la previa solicitud del beneficiario, sino que se hace efectiva de modo directo y automático conforme al principio de “oficialidad”, una vez presentados los correspondientes partes de baja y confirmación. Esto significa que dicha presentación hace innecesaria solicitud expresa para el reconocimiento del derecho, por lo cual, de ser ésta formulada con posterioridad a la recepción del parte de baja, no cabe oponer la retroacción que establece el artículo 54.1” de la LGSS (1974) (FD 3º).

Salva el Tribunal Supremo la relativa autonomía de los complementos prestaciones a efectos procesales, recurribles frente a su eventual denegación.

VII. Parte dispositiva

“1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social representados y asistidos por el letrado de la Administración de la Seguridad Social”.

“2.- Declarar la firmeza de la sentencia dictada el 2 de diciembre de 2022 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el recurso de suplicación núm. 840/2022”.

“3.- No efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas”.

VIII. Pasajes decisivos

- “[...] de la acción tendente al reconocimiento inicial de prestaciones, como es dable deducir del art. 53.1 LGSS resulta que: a) el plazo de ejercicio, salvo en los supuestos excepcionales de imprescriptibilidad (prestación contributiva de jubilación -

art. 212 LGSS, o prestaciones por muerte y supervivencia - art. 230 LGSS), es, como regla, de prescripción y de cinco años computados a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate; y b) el plazo de retroacción de los efectos económicos del reconocimiento inicial se limita, en todo caso (sea prescriptible o imprescriptible la referida acción), a los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud" (FD 3º.1).

- "[...] debemos reiterar la doctrina que sostiene que el reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica producirá efectos desde la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del artículo 60 [LGSS], lo que determina [...] que al tratarse de una discriminación por razón de sexo contraria al principio de no discriminación y al derecho a la igualdad en los términos del artículo 14 CE y del derecho de la Unión Europea [...], su íntegra reparación no puede ser otra que retrotraer sus efectos al momento del hecho causante, sin que sea dable entender que la solicitud tardía del complemento en cuestión deba entenderse prescrita, ni tampoco limitar sus efectos mediante la aplicación de la retroacción de los económicos a los tres meses anteriores a la solicitud" (FD 4º.2).

- "[...] no está de más, poner de relieve argumentos adicionales que refuerzan la no prescripción del derecho al complemento demandado por el solicitante y la retroacción de los efectos económicos al momento del hecho causante. [...] es claro que, en ningún caso, el dies a quo del inicio del plazo para la solicitud del complemento, en aquellas solicitudes cuyo hecho causante fuese anterior a la fecha de la sentencia del TJUE (12 de diciembre de 2019) [WA c. *Instituto Nacional de la Seguridad*], podría fijarse en un momento anterior a dicha sentencia ya que, hasta dicha fecha, la redacción literal del artículo 60 LGSS únicamente contemplaba el complemento que nos ocupa para las mujeres, lo que no fue declarado contrario a la Directiva 79/7/CEE y, por consiguiente, entendido como contrario al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE) hasta el momento de la referida sentencia. Por tanto, los varones no pudieron adquirir pleno conocimiento de un derecho que la literalidad de la norma les negaba hasta la fecha de la referida sentencia; por lo que con anterioridad a la misma no podía comenzar, en ningún caso, plazo de prescripción alguno" (FD 4º.3).

- "El segundo argumento adicional deriva de la propia naturaleza del complemento en cuestión y, en general, de los complementos a las prestaciones. [...] el complemento de maternidad (por aportación demográfica), al igual que sucede con los complementos a mínimos o con el complemento de brecha de género, ni son ni pueden considerarse prestaciones específicas. [...] el citado complemento no es autónomo, sino que actúa de manera accesoria a la pensión de jubilación (incapacidad permanente o viudedad) contributiva a la que complementa. En consecuencia, no constituye una pretensión independiente de la solicitada en el momento en que se pide la pensión, sino que estaba ínsita en la acción ejercitada para solicitar la prestación a la que complementa, al alcanzar su objeto no solo a las consecuencias básicas de cada prestación, sino también a todos los elementos determinantes del contenido económico de la correspondiente pensión, entre ellos, el porcentaje aplicable, o el complemento que corresponda (a mínimos, el de maternidad o el de brecha de género)" (FD 4º.4).

- "Aunque no se trate de aplicar el principio de oficialidad, reservado a aquellas prestaciones cuya concesión es automática, sus efectos deben ser los mismos en relación con los complementos de las prestaciones que los tienen, ya que al beneficiario le basta con solicitar la pensión correspondiente para que la entidad gestora, previa comprobación de que se reúnen los requisitos establecidos en la ley, deba, en los supuestos de concesión de la prestación, incluir los complementos a que haya lugar" (FD 4º.4).

IX. Comentario. Sobre la inaplicación del artículo 14 de la Constitución

Partiendo necesariamente de la STJUE WA c. *Instituto Nacional de la Seguridad Social*, la sentencia comentada es una decisión fundamentada en los principios de interpretación conforme con el Derecho de la Unión, de cooperación leal y de efecto útil. La claridad en la redacción y la organización lógica de los argumentos de la sentencia son elementos esenciales de su calidad técnica.

La Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo reitera y completa la doctrina sentada en sus SSTs 160 y 163/2022 para dar satisfacción plena a la interpretación del Tribunal de Justicia, incompleta en aquellas decisiones precedentes por la particular posición procesal de los pensionistas varones, que, satisfechos con la decisión del tribunal de suplicación en el reconocimiento de su derecho al complemento de maternidad, decidieron no impugnarla ante el Tribunal Supremo, impidiendo a este retrotraer los efectos del complemento por maternidad a la fecha del hecho causante de las pensiones complementadas, durante la vigencia del art. 60 de la LGSS en su versión de 2015. La advertencia en aquellas sentencias había sido explícita de que esta doctrina llegaría, venciendo la resistencia de las entidades gestoras de seguridad social a ampliar los efectos económicos, mas que relevantes sin duda, de la desautorización por el Tribunal de Justicia de la decisión del legislador español de 2015 de reservar los complementos por maternidad a las mujeres pensionistas.

La idea principal o el punto clave que sustenta la argumentación de la sentencia es que la “íntegra reparación” de la “discriminación masculina” (FJ 1) -en la denominación que acoge la STC 152/2021 al exponer las quejas del demandante de amparo causada por el legislador español a los pensionistas varones, y prohibida por la Directiva 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, exige retrotraer los efectos del reconocimiento del complemento de maternidad de los varones al momento del hecho causante de la pensión complementada -entre el 1 de enero de 2016 y el 4 de febrero de 2021-, con independencia de la fecha de su solicitud, pues el derecho al complemento sigue el de la prestación principal y, por lo tanto, es imprescriptible, al ser imprescriptible el derecho a la pensión complementada, y no pueden limitarse sus efectos económicos a los tres meses anteriores a la presentación de su solicitud con la aplicación de la segunda regla del art. 53.1 LGSS al haberse solicitado el complemento en la fecha del hecho causante de la pensión complementada. Bajo la sustancia fundamental del argumento late la concepción de la *reparación íntegra* de la discriminación por sexo de los pensionistas varones con derecho al complemento de maternidad “femenino”, elemento argumental principal de la STJUE de 14 de septiembre de 2023, C-113/22, *DX e Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social*.

En el caso, era ontológicamente imposible fijar el inicio del plazo de reclamación del complemento por pensionistas varones, excluidos legalmente del complemento, con anterioridad a la sentencia WA c. *Instituto Nacional de la Seguridad Social*, pronunciada el 12 de diciembre de 2019, y por esa imposibilidad quedaron alcanzados todos los hechos causantes de las pensiones acaecidos con anterioridad a la fecha de la sentencia del TJUE. En consecuencia, era imposible que con anterioridad a dicha fecha pudiera “comenzar, en ningún caso, plazo de prescripción alguno” (FD 4º.3). Técnicamente, el complemento por maternidad de las pensiones no tiene especificidad propia, sino que se funde con la prestación principal cuya suerte sigue. Por ello, en una aplicación extensiva del “principio de oficialidad” la sentencia precisa que, solicitada la pensión contributiva, ha de entenderse conjunta o inseparablemente solicitado su complemento, lo que inutiliza el juego de la prescripción, siendo el derecho a la prestación complementada de jubilación imprescriptible, y del plazo de limitación de la retroacción de los efectos económicos del reconocimiento inicial a los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, que es la de la pensión principal (art. 53.1 LGSS).

Con ser la construcción técnica de la interpretación de nuestro ordenamiento de seguridad social importante -los que el Tribunal Supremo denomina “argumentos adicionales que refuerzan la no prescripción del derecho al complemento demandado por el solicitante y la retroacción de los efectos económicos al momento del hecho causante” (FD 4º.3 y 4)-, el Tribunal Supremo vuelve al fundamento de su decisión, ya expuesta, de modo que en dos ocasiones lleva peligrosamente la discriminación directa por sexo de los hombres, causada por la norma española al oponerse a la europea, al art. 14 de nuestra Constitución, sin necesidad de hacerlo, pues nadie había traído a colación dicho precepto constitucional. Así, afirma textualmente que esa discriminación, contenida en la redacción primera del art. 60 LGSS, es “contraria al principio de no discriminación y al derecho a la igualdad en los términos del artículo 14 CE y del derecho de la Unión Europea”, por ese orden (FD 4º.2); “lo que no fue declarado contrario a la Directiva 79/7/CEE y, por consiguiente, entendido como contrario al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE) hasta el momento” de la sentencia WA e Instituto Nacional de la Seguridad Social (FD 4º.3).

La STJUE declaró la oposición de una norma del Derecho de la Unión secundario o derivado, la Directiva 79/7/CEE del Consejo, a una norma interna española de legalidad ordinaria, el art. 60 LGSS de 2015, resultando de esa oposición su inaplicabilidad.

La Directiva 79/7/CEE enuncia un “principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social”, que supone “la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente” en dicho ámbito material y “no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad”, ni obsta a la facultad de los Estados de excluir de su ámbito de aplicación las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos y la adquisición del derecho a las prestaciones después de periodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos [arts. 1, 4 y 7.1.b)]. La STJUE niega que una regulación como la del art. 60 LGSS, 2015, quede comprendida en el ámbito de aplicación de las excepciones a la prohibición de discriminación. Sin citar la Carta de derechos fundamentales de la Unión.

Es la sentencia comentada del Tribunal Supremo la que enlaza el “principio de igualdad de trato” y la prohibición de discriminación por sexo de la directiva con la que proclama el art. 21.1 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y parece que con el derecho fundamental “fuerte” consagrado en el 2º inciso del art. 14 de nuestra Constitución, basado, según jurisprudencia constitucional reiterada, en la interdicción discriminatoria, que conceptual y esencialmente exige que se identifique la existencia del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que afectan a colectivos o sectores de la población, en este caso las mujeres. No parece que, pese a referirse al “derecho a la igualdad en los términos del artículo 14 CE”, el Tribunal Supremo se esté moviendo en la doble vertiente del precepto constitucional, esto es, en el ámbito del derecho fundamental a la igualdad formal ante la ley de hombres y mujeres del inciso 1º del art. 14. Por lo demás, es de advertir que la jurisprudencia constitucional que se ha basado en la Directiva 79/7/CEE -por la vía del art. 10.2 CE, sin dar entrada a la operación habilitada por su art. 93- la ha aplicado en relación con la prohibición de discriminación, indirecta y directa, por sexo siempre *femenino* sancionada en el art. 14 CE (apreciando su vulneración: SSTC 61/2013, FJ 5, 71/2013, FJ 3, 91/2019, FJ 7, oposición al Derecho de la Unión y a la Constitución de la regulación legal de la cotización por horas y días trabajados de trabajadores a tiempo parcial y del cálculo de la cuantía de su pensión de jubilación aplicando un determinado coeficiente de parcialidad, mayoritariamente mujeres, indirectamente discriminadas, con cita de las SSTJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11 *Isabel Elbal Moreno*; 9 de noviembre de 2017, C-98/15, *María Begoña Espadas Recio*, y 8 de mayo de 2019, C-161/18, *Violeta Villar Láiz*; rechazándola respecto de la regulación legal de integración de los periodos sin obligación de cotizar de los trabajadores a tiempo parcial, STC 110/2015, FJ 11, con apoyo en la STJUE, Gran Sala, de 14 de abril de 2015, C-527/13, *Lourdes Cachaldora Fernández*).

La alusión a la contrariedad con el art. 14 CE plantea el problema, verdaderamente preocupante, de abrir un boquete en su interpretación y resucitar la vieja figura del “varón discriminado”, que con precisión indiscutible identificó y computó el maestro Alonso Olea. Y de llevar al olvido que el derecho fundamental a no padecer discriminación por causas odiosas, entre ellas el sexo, se completa con el principio de igualdad efectiva y real del art. 9.2 CE, y que aquel derecho fundamental, y su complemento de igualdad real, dan asiento a las acciones positivas. Hace ya casi 40 años que la STC 128/1987 desautorizó aquella primera y desviada doctrina constitucional, interpretando la prohibición de discriminación por sexo del art. 14 CE conforme a los antecedentes parlamentarios de su texto – expresivos de “la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina”- y a la inapelable realidad social, cuyo desconocimiento dejaría “vacíos de contenido los preceptos constitucionales contrarios a la discriminación de la mujer” (FJ 5). Y dio carta de naturaleza constitucional a la interpretación de género y a las acciones positivas en favor de las mujeres. El hecho de tener hijos, en el mismo número que el exigido a las mujeres para recibir el complemento de maternidad, no parece que históricamente haya supuesto una diferenciación que haya colocado a un sector de la población, los hombres, en una situación desfavorable, “contraria a la dignidad de la persona”, que permita identificarla como una categoría discriminatoria en el sentido del art. 14 de nuestra Constitución, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional. La situación de mujeres y hombres, en cuanto al complemento de maternidad, no es materialmente “idéntica”.

En este sentido, y pese a la fecha de los hechos, anteriores a la STJUE WA e *Instituto Nacional de la Seguridad Social* -a excepción de la resolución por la Sala de suplicación del excepcional incidente de nulidad de actuaciones, posterior- no es baladí reparar en que la estimación del recurso de amparo constitucional del pensionista varón frente a la negativa de las autoridades administrativas y judiciales españolas al reconocimiento de su complemento de maternidad por la STC 152/2021, lo fue por la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE, esgrimida en el excepcional incidente de nulidad de actuaciones ante la incongruencia omisiva ocasionada por la desatención judicial al Derecho de la Unión y a la jurisprudencia del TJUE, no por infracción del art. 14, por la presunta “discriminación masculina” que el demandante había alegado en su demanda como primer motivo de amparo constitucional. Dice así la síntesis analítica de la mencionada en la web del Tribunal Constitucional: “*Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): desconocimiento y preterición de una norma antidiscriminatoria de la Unión Europea que contraviene el principio de primacía del Derecho de la Unión*”. Ciertamente, la STC 152/2021 justifica el orden de enjuiciamiento de las quejas de la demanda de amparo en la jurisprudencia que otorga prioridad a aquellas de las que pudiera derivarse la retroacción de actuaciones, haciendo innecesario el pronunciamiento sobre las restantes. De este modo, analiza la queja relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que el recurrente en amparo había imputado a la Sala de suplicación por no haber resuelto de forma motivada y congruente su recurso y el posterior incidente de nulidad de actuaciones, estima el recurso de amparo y convierte en innecesario el pronunciamiento sobre el art. 14 CE.

En el canon de control del Tribunal Constitucional del respeto del principio de primacía por los jueces y tribunales ordinarios, incluido obviamente el Tribunal Supremo, del Derecho de la Unión, interpretado por el TJUE, afirmado desde la STC 232/2015, el Tribunal les impone la obligación de inaplicar la disposición nacional, posterior o anterior y con independencia de su rango, incompatible con la norma de Derecho de la Unión. ¿A dónde hubiera conducido el análisis constitucional de la queja con el parámetro de art. 14 CE? A la inaplicación del art. 14 CE al caso. Son efectos de primera importancia para las Constituciones soberanas; y para la nuestra que, además, carece de una “cláusula Europa”.

X. Apunte final. Sobre el futuro imprevisible de las acciones positivas para reducir la brecha de género

La sentencia 322/2024, de 21 de febrero, de la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo, que ha conjugado la interpretación de nuestro ordenamiento de seguridad social conforme al estado del Derecho de la Unión en la singular y desafortunada valoración el Tribunal de Justicia, tiene como obligado presupuesto de partida la discriminación directa por sexo de los hombres pensionistas que el art. 60 inicial de la LGSS producía al reservar a las mujeres con dos o más hijos el complemento por maternidad “por aportación demográfica”, en el entendimiento formalista y rígido de los arts. 4.2 y 71.b) de la Directiva 79/7/CEE y del art. 157.4 del TFUE hecho por las sentencias citadas del Tribunal de Justicia, al que es posible contribuir a la inadecuada denominación del complemento y la deficiente explicación acerca de su regulación por el legislador español, su mayor pecado, que ha recibido un castigo sin duda desproporcionado, causante de un deterioro institucional disolvente de la noción de discriminación por sexo.

Habiendo hecho caso omiso el TJUE en la sentencia *WA e Instituto Nacional de la Seguridad Social* de la cruda realidad de desigualdad de las mujeres y hombres pensionistas que ponían de manifiesto las estadísticas sobre la brecha de género de las pensiones alegadas por el Gobierno español y por el INSS, no reiteraré mas que a 1 de marzo de 2024, según datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones sobre pensiones y pensionistas^[8], la pensión media de los hombres era de 1.560,23 euros mensuales y las de las mujeres de 1.201,21 euros mensuales, doblando las pensionistas con mínimos (31,7%) a los pensionistas con mínimos (15,1%). Los pensionistas de jubilación (el 60%, hombres) Y me limitaré a recordar la obviedad, aunque por ser tal no lo precise: que en la brecha de género de las pensiones no solo influye el disfrute de los permisos de maternidad por causa biológica y el cuidado de los hijos y sus efectos en la interrupción e inestabilidad de las carreras profesionales y de cotización de las mujeres por estereotipos sociales (brecha de cuidado familiar), sino también, decisivamente, la brecha salarial, en la que se proyecta el tipo de jornada, ocupación, y tipo de contrato, que hace que las carreras profesionales de las mujeres estén peor retribuidas, así como la edad por circunstancias históricas obvias vinculadas a la incorporación tardía de las mujeres a los mercados de trabajo. La brecha de género en las pensiones contributivas, mayor en el pasado, se incrementa, como la brecha salarial, con la edad, con lo que es mayor, en 2015 y en 2023, en la pensión media de jubilación, situándose en 2023 en el 21,12%, que representa el 78,88% de la percibida por los varones. Y es que, y esta es la reflexión inesquívica, la brecha de género de las pensiones refleja desigualdades *estructurales* en el mercado laboral y en las responsabilidades familiares. Es así aunque la inspiración técnica del legislador español de 2015 no hubiera sido la mejor en su decisión de incorporar un complemento por maternidad “por aportación demográfica” para reducir la brecha de género.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ya recogida en decisiones anteriores - STJUE de 29 de noviembre de 2001, C-366/99, *Joseph Griesmar, por todas*-, no se ha mostrado ni se muestra proclive a transitar el camino de la igualdad v. discriminación de género, optando por desenvolverse en una contemplación formal e individualista de la igualdad de trato y de la discriminación por sexo en la Directiva 79/7/CEE. El intérprete de la norma ha volatilizado su título – “relativa a la *aplicación progresiva* del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social”-, indicativo de las dificultades de alcanzar esa igualdad ante la tradicional postergación de las mujeres en el trabajo con repercusión inmediata en sus derechos de seguridad social. Tampoco ha dado ninguna señal de afecto hacia las acciones positivas, que el principio de igualdad de trato no impide adoptar a los Estados para alcanzar “en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral”, mediante “medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a [...] evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales” al sexo menos representado (art. 157.4 TFUE). Configuradas con carácter temporal por el poder del legislador democrático de promover la igualdad real y efectiva y remover los obstáculos que la

impidan, no son, obviamente, discriminatorias y, a la postre, funcionan como antidotos frente a las discriminaciones indirectas, normativas y estructurales, de las mujeres; discriminaciones indirectas a las que, en cambio, la jurisprudencia europea ha prodigado, como es sabido y ha podido comprobarse, un innegable reconocimiento y poseen una inequívoca dimensión colectiva, de género, como las acciones positivas. Se recordará que el complemento de las pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, en su regulación reformada de 2021 y 2023, tiene, como acción positiva que es, un alcance temporal fijado por la disp. adicional 37ª LGSS.

Abonado el terreno de la desconfiguración del sentido institucional de la prohibición de discriminación por sexo y de las acciones positivas absorbidas en una indebida ponderación individual, de circunstancias personales, las objeciones de órganos judiciales españoles se han levantado nuevamente frente al art. 60 LGSS, ahora en su regulación reformada por el RDL 3/2021, con el criterio formal e individualista del principio de igualdad en el Derecho de la Unión interpretado por la STUJE WA e *Instituto Nacional de la Seguridad Social*, cuya contradicción por el citado precepto legal español resultaría del trato desigual de mujeres y hombres en el misma situación de tenencia de un número determinado de hijos o hijas como titulares del derecho al complemento por reducción de la brecha de género, esto es, del trato desigual de los desiguales. Se olvida la razón esencial para interpretar la superación de la cláusula o juicio de igualdad individual por la explícita prohibición de discriminación por sexo, que el principio de trato igual entraña, y cuya voluntad es, junto con la de la acción positiva de complementar las pensiones contributivas de las mujeres, terminar con la situación de inferioridad o desfavor de las mujeres pensionistas, esto es, de la brecha de género en las pensiones, una realidad desafortunadamente muy distante de la “igualdad de trato” de hombres y mujeres contra la que nos damos de bruces con la simple lectura de datos estadísticos del INE y de la Seguridad Social española.

El Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona remitió al Tribunal de Justicia petición de decisión prejudicial de 6 de octubre de 2023 (C-623/23) mediante Auto de 21 de septiembre de 2023^[9], sobre la contradicción con los arts. 1 y 4 de la Directiva 79/7/CEE del art. 60 LGSS, versión de 2021, por conceder el complemento para reducir la brecha de género a las mujeres con hijos biológicos o adoptados, perceptoras de pensiones contributivas, sin ningún requisito adicional y con independencia del importe de sus pensiones, en condiciones distintas, por tanto, a los hombres “en una situación idéntica”, a los que se les exigen períodos sin cotización o con cotizaciones inferiores tras el nacimiento o la adopción de hijos y que la suma de los montos de sus pensiones sea inferior a la suma de las pensiones correspondientes a una mujer. Añade el órgano judicial cuestionante que la Directiva 79/7/CEE prohíbe la discriminación resultante de cualquier exclusión de los pensionistas varones del complemento de la pensión de vejez, pese a lo cual el art. 60 LGSS, reformado, establece que el subsidio sólo puede otorgarse a uno de los padres y la retirada del concedido al “pensionado varón” por su asignación “a una pensionista cuando cumple los requisitos legales y por el hecho de ser la ¿Madre de uno o más hijos?”.

La cuestión prejudicial C- 626/23 de 12 de octubre de 2023, elevada por la Sección 2 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante auto de 13 de septiembre de 2023 en el recurso de suplicación 333/2023^[10], pregunta al Tribunal de Justicia si la Directiva 79/7/CEE y los arts. 20, 21, 23 y 34.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea “deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de la pensión para los beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación que hayan tenido hijos biológicos o adoptados, pero que se concede automáticamente a las mujeres, mientras que a los hombres se les requiere, o bien que sean titulares de una pensión de viudedad por el fallecimiento del otro progenitor y que alguno de los hijos sea pensionista por orfandad, o bien que hayan visto interrumpida o perjudicada su carrera profesional (en los términos previstos legalmente y anteriormente descritos) con ocasión del nacimiento o adopción del hijo”.

Ya se han formulado críticas fundadas a los argumentos inexactos, “o directamente erróneos”, de estas nuevas cuestiones prejudiciales que insisten en la discriminación del trato diferencial de mujeres y hombres en la acción positiva de complementar las pensiones de las mujeres para la reducción de la brecha de género, exigiendo virtualmente la prueba de la brecha de género en cada mujer pensionista. Recomendando vivamente su lectura: J.A. Maldonado Molina, “Las Cuestiones Prejudiciales sobre el Complemento para la reducción de la brecha de género”, *Briefs AEDTSS*, 36, 2024.

Referencias:

1. ^ *ECLI:EU:C:2019:1075*.
2. ^ *ECLI:EU:C:2023:665*
3. ^ *ECLI ES:TSJCANT:2022:1221*.
4. ^ *ECLI:ES:TSJCANT:2022:1112*.
5. ^ *Rcuds. 2872/2021 y 3379/2021, ECLI:ES:TS:2022:621 y ECLI:ES:TS:2022:62*.
6. ^ *Rcud. 3192/2021, ECLI:ES:TS:2022:1995*.
7. ^ *Rcud. 753/1999. ECLI:ES:TS:1999:8261*.
8. ^ eg-social.es/wps/wcm/connect/wss/a59fc4a1-faa7-48dd-9a0e-a20302891ae3/PTAS202401.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPAC E.Z18_2G50H38209D640QTQ57OVB2000-a59fc4a1-faa7-48dd-9a0e-a20302891ae3-oRu6D2K
9. ^ *ECLI:ES:JSO:2023:7A*
10. ^ *ECLI:ES:TSJM:2023:146A*

§ 29 Los requisitos de acceso a la pensión de jubilación anticipada por discapacidad en grado igual o superior al 45 %.

María Areta Martínez

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

Resumen: Hasta el 1 de junio de 2023, el acceso a la jubilación anticipada de una persona con discapacidad en grado igual o superior al 45 % quedaba supeditado, entre otros, a los tres requisitos siguientes: 1) estar afecta de una patología generadora de discapacidad listada en el Real Decreto 1851/2009, 2) tener reconocida la discapacidad listada en grado igual o superior al 45 % y 3) tener reconocido el grado de discapacidad igual o superior al 45 % durante todo el período mínimo de cotización de 15 años. La cuestión planteada en la STS-SOC núm. 353/2024 consiste en determinar si cabe entender que la trabajadora ha tenido un grado de discapacidad igual o superior al 45 % durante todo el periodo de carencia. La Sala desestima el RCUd por falta de contradicción, pero ello no obsta para reflexionar sobre las dificultades que en ocasiones se han planteado en la práctica para acreditar el requisito en cuestión y que, en parte, traen su causa en: 1) los cambios en la normativa que regula el reconocimiento, la declaración y valoración del grado de discapacidad; 2) la agravación de la dolencia determinante de la declaración inicial de discapacidad; y 3) la aparición de nuevas dolencias susceptibles de valoración. Desde el 1 de junio de 2023, tras la reforma operada por el Real Decreto 370/2023, basta que el grado de discapacidad igual o superior al 45 % se haya reconocido durante 5 de los 15 años del periodo mínimo de cotización.

Palabras clave: Jubilación anticipada. Discapacidad en grado igual o superior al 45 %.

Abstract: Les personnes salariées justifiant d'un handicap répertorié d'au moins égale à 45 % peuvent bénéficier d'une retraite anticipée dès l'âge de 56 ans. Avant le 1er juin 2023, il était nécessaire d'exercer l'activité professionnelle pendant une période minimale de 15 ans, en étant atteint d'un handicap au moins égale à 45 %. Depuis le 1er juin 2023, il suffit d'exercer l'activité professionnelle pendant une période minimale de 5 ans, en étant atteint d'un handicap au moins égale à 45 %.

Keywords: Retraite anticipée. Taux de handicap d'au moins égale à 45 %.

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la STS-SOC núm. 353/2024, de 23 de febrero (ECLI:ES:TS:2024:1074), que resuelve el RCUd núm. 4359/2021, interpuesto frente a la STSJ de Madrid-SOC núm. 628/2021, de 7 de octubre, dictada en recurso de suplicación núm. 465/2021

(ECLI:ES:TSJM:2021:11414), formulado contra la sentencia núm. 243/2021, de 13 de mayo, del JS núm. 10 de Madrid, en materia de Seguridad Social.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 353/2024, de 23 de febrero.

Tipo y número de recurso: RCUd núm. 4359/2021.

ECLI:ES:TS:2024:1074.

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión consiste en determinar si la trabajadora tiene derecho a percibir pensión de jubilación anticipada por discapacidad en grado igual o superior al 45 %. Concretamente, se trata de dilucidar si cabe entender que la trabajadora ha tenido el referido grado de discapacidad durante todo el periodo mínimo de cotización de 15 años, tal y como exige la normativa aplicable al caso (artículo 1 Real Decreto 1851/2009, en versión anterior a la reforma operada por el Real Decreto 370/2023).

Los hechos declarados probados por la sentencia del JS núm. 10 de Madrid e inalterados en suplicación han seguido el *iter* cronológico señalado a continuación:

- La trabajadora nace en **1951**.
- El **15 de julio de 1962**, la trabajadora es diagnosticada de poliomielitis anterior aguda, que figura en lista de patologías determinantes de discapacidad que dan acceso a la pensión de jubilación anticipada.
- Desde el **5 de julio de 1975**, la trabajadora tiene reconocida una minusvalía de al menos un 33 % por la poliomielitis anterior aguda que padece.
- El **23 de octubre de 1991**, la trabajadora es valorada con grado de minusvalía de carácter permanente del 33 %, con diagnóstico de “déficit funcional de MMII y Escoliosis”.
- Desde el **15 de mayo de 2019**, la trabajadora tiene reconocido un grado de discapacidad del 65 % con el diagnóstico de paraparesia por poliomielitis de etiología infecciosa y alienación de columna vertebral sin limitación funcional por escoliosis de etiología degenerativa. Por tanto, el incremento del grado de discapacidad viene dado por dos elementos: 1) la agravación de la poliomielitis inicial y 2) la valoración de la nueva dolencia (escoliosis).
- El **26 de noviembre de 2019**, la trabajadora solicita pensión de jubilación anticipada por discapacidad en grado igual o superior al 45 %, al amparo del artículo 206.2 de la LGSS (actualmente artículo 206 bis.1 LGSS) y del Real Decreto 1851/2009.
- El **13 de diciembre de 2019**, el INSS dicta resolución en la que deniega la pensión de jubilación anticipada solicitada.
- El **11 de marzo de 2020**, la trabajadora interpone reclamación previa frente a la resolución denegatoria del INSS, de 13 de diciembre de 2019.
- El **27 de abril de 2020**, el INSS desestima la reclamación previa.

- El **13 de mayo de 2021**, el JS núm. 10 de Madrid dicta sentencia núm. 243/2021, en la que estima la demanda interpuesta por la trabajadora contra el INSS y la TGSS, declarando su derecho a percibir la pensión de jubilación anticipada y condenando al INSS y la TGSS a su abono con efectos desde la fecha de cese en el trabajo.
- El **7 de octubre de 2021**, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid dicta sentencia núm. 628/2021, que estima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS y la TGSS frente a la sentencia núm. 243/2021, del JS núm. 10 de Madrid.
- El **9 de diciembre de 2021**, la trabajadora formula RCUd frente a la STSJ de Madrid-SOC núm. 628/2021, que viene a resolver la STS-SOC núm. 353/2024, de 23 de febrero, que ahora se comenta.

IV. Posiciones de las partes

1. La parte demandante (trabajadora)

La trabajadora denuncia la infracción del artículo 206.2 de la LGSS (actualmente artículo 206 bis.1 LGSS). La parte recurrente argumenta que presenta las mismas limitaciones desde la infancia debido a la poliomielitis infecciosa que sufrió, y que tales limitaciones se han mantenido idénticas en todo momento, pero que han sido calificadas con distintos grados de discapacidad en las diferentes resoluciones administrativas.

2. La parte recurrida (INSS y TGSS)

El INSS y la TGSS alegan: 1º) la falta de contradicción entre la sentencia recurrida en casación para la unificación de doctrina y la aportada de contraste, y 2º) la corrección del criterio seguido por la STSJ de Madrid recurrida.

La parte recurrida señala que la trabajadora no tiene acceso a la pensión de jubilación anticipada que reclama porque en la fecha del hecho causante (26 noviembre 2019) no acredita tener reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 45 % durante todo el periodo mínimo de cotización de 15 años. Concretamente, la trabajadora ha tendido reconocido un grado de discapacidad del 33 % desde el 5 de julio de 1975 hasta el 15 de mayo de 2019, fecha en la que el grado de discapacidad reconocido se eleva al 65 % por agravación de la dolencia inicial (poliomielitis) y valoración de nuevas dolencias (esclerosis). Por tanto, el periodo mínimo de cotización de 15 años, durante el que hay que acreditar el preceptivo porcentaje de discapacidad igual o superior al 45 %, comienza a computar el 15 de mayo de 2019, no antes.

3. Ministerio Fiscal

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 226.3 de la LRJS, el Ministerio Fiscal emite el preceptivo informe en el que pone de manifiesto la improcedencia de la casación pretendida porque *no existe la concurrencia legalmente pretendida*.

V. Normativa aplicable al caso

La STS-SOC núm. 353/2024 fundamenta el Fallo en la normativa y jurisprudencia señaladas a continuación:

Normativa aplicable al caso:

- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS) (BOE núm. 245, de 11 octubre 2011): artículo 219.
- 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 (LGSS) (BOE núm. 261, de 31 octubre 2015): artículo 206 bis.1 LGSS (anteriormente, artículo 206.2 LGSS).

- Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (BOE núm. 22, de 26 enero 2000; Corr. Err., BOE núm. 62, de 13 marzo 2000).
- Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento (BOE núm. 307, de 22 diciembre 2009).

Jurisprudencia aplicable al caso:

- STS-SOC núm. 1014/2017, de 19 de diciembre (RCUD núm. 3950/2015. ECLI:ES:TS:2017:4705).
- STS-SOC núm. 125/2018, de 8 de febrero (RCUD núm. 2193/2016. ECLI:ES:TS:2018:561).
- STS-SOC núm. 630/2018, de 13 de junio (RCUD núm. 764/2017. ECLI:ES:TS:2018:2585).
- ATS-SOC de 2 de marzo de 2021 (RCUD núm. 1190/2020. ECLI:ES:TS:2021:3772A).
- ATS-SOC de 10 de marzo de 2021 (RCUD núm. 703/2020. ECLI:ES:TS:2021:3036A).

VI. Doctrina básica

La Sala de lo Social del TS no entra a analizar la cuestión de fondo y desestima el RCUD por falta de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación o contraste. La Sala precisa que en la sentencia recurrida se parte de una serie de circunstancias determinantes que no concurren en la de contraste, y son las siguientes: 1) la relativa a la agravación de la dolencia que sufre la trabajadora con el consiguiente incremento del grado de discapacidad, y 2) la aparición de nuevas dolencias susceptibles de valoración.

En la sentencia recurrida en casación para la unificación de doctrina (STSJ de Madrid-SOC núm. 628/2021, de 7 de octubre. ECLI:ES:TSJM:2021:14414) se parte de los siguientes hechos determinantes:

- El 5 de julio de 1975 se dicta resolución administrativa que reconoce a la trabajadora la condición de persona con minusvalía, por la poliomielitis que padece desde la infancia. Conforme a la normativa vigente en ese momento (Decreto 2531/1970), solo era factible el reconocimiento de una minusvalía de al menos el 33 %, sin más concreción por la inexistencia de reglas de baremación de la minusvalía (grado de discapacidad).
- El 25 de octubre de 2019 se dicta nueva resolución administrativa, con efectos desde el 15 de mayo de 2019. Esta resolución administrativa, que se adopta conforme al baremo recogido en la normativa vigente en ese momento (Real Decreto 1971/1999), concreta el grado de discapacidad de la trabajadora en un 65 %. La sentencia recurrida señala que dicho grado de discapacidad viene dado por dos factores: 1) la agravación de la poliomielitis de etiología infecciosa sufrida desde la infancia, y 2) la presencia de una patología nueva, que es la escoliosis de etiología degenerativa, reflejada por vez primera en 1991, aunque no es hasta 2019 cuando se toma en cuenta para fijar el grado de discapacidad. Por tanto, concluye el TSJ de Madrid, es a partir de 2019 cuando debe comenzar a computarse el periodo de cotización efectiva de 15 años durante el que ha de tenerse reconocida una discapacidad igual o superior al 45 %.

Por su parte, **en la sentencia aportada de contraste** (STS-SOC núm. 630/2018, de 13 de junio. ECLI:ES:TS:2018:2585), la persona interesada padece desde la infancia una dolencia congénita, que fue reconocida inicialmente en 1974 con un

porcentaje de minusvalía de al menos el 33 % conforme al Decreto 2531/1970, y posteriormente, desde año 2000, con un grado de discapacidad del 45 % por aplicación del nuevo baremo recogido en el Decreto 383/1984 y la Orden de 8 marzo 1984. En este caso, el grado de discapacidad del 45 % no trae su causa en la agravación de la dolencia a lo largo del tiempo ni en la adición de nuevas dolencias, sino en la reforma de la normativa reguladora de la valoración de la discapacidad en distintos grados. Por tanto, el periodo de cotización efectiva de 15 años durante el que ha de tenerse reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 45 % comenzará a computar desde el año 1974 y no desde el año 2000.

VII. Parte dispositiva

En nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución Española, la Sala de lo Social del TS ha decidido:

- **Primero.** Desestimar el RCUd núm. 4359/2021.
- **Segundo.** Declarar firme la STSJ de Madrid-SOC núm. 628/2021, de 7 de octubre, dictada en el recurso de suplicación núm. 465/2021, interpuesto contra la sentencia núm. 243/2021, de 13 de mayo, del JS núm. 10 de Madrid, que resolvió demanda en materia de Seguridad Social frente al INSS y la TGSS.
- **Tercero.** No adoptar decisión en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas en su instancia.

VIII. Comentario

1. Evolución de la normativa que regula el reconocimiento, la declaración y calificación del grado de discapacidad

El acceso a la pensión de jubilación anticipada por discapacidad en grado igual o superior al 45 % viene condicionado, en parte, por la evolución de la normativa que regula el reconocimiento, la declaración y calificación del grado de discapacidad. La STS-SOC núm. 353/2024, que ahora se comenta, invita a reflexionar sobre la evolución normativa de esta materia, que puede ordenarse en las cuatro fases siguiente:

- **Primera fase:** Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos (BOE núm. 221, de 15 septiembre 1970); y Orden de 24 de noviembre de 1971, por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo del Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, en materia de reconocimiento de la condición de minusválido (BOE núm. 287, de 1 diciembre 1970). Con esta normativa solo era factible reconocer una situación de minusvalía (discapacidad) de al menos el 33 %, sin concretar más el porcentaje (grado de discapacidad).
- **Segunda fase:** Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (BOE núm. 49, de 27 febrero 1984); y Orden de 8 de marzo de 1984, por la que se establece el baremo para la determinación del grado de minusvalía y la valoración de diferentes situaciones exigidas para tener derecho a las prestaciones y subsidios previstos en el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero (BOE núm. 65, de 16 marzo 1984). Con esta normativa se declara un concreto y específico porcentaje de minusvalía (grado de discapacidad). La Sala de lo Social del TS ha establecido de manera reiterada que cuando una persona ha sido declarada en situación de minusvalía de al menos el 33 % conforme a la normativa inicial (Decreto 2531/1970) y posteriormente se somete a nueva valoración conforme al sistema derivado del Real Decreto 383/1984, caben dos posibilidades a la hora de acceder a la pensión de jubilación

anticipada; y más concretamente a la hora de acreditar el grado de discapacidad igual o superior al 45 % durante todo el periodo mínimo de cotización de 15 años:

- **Primera posibilidad:** la nueva resolución administrativa se limita exclusivamente a valorar de nuevo el grado de discapacidad tomando las mismas dolencias que en su momento dieron lugar a la declaración de minusvalía de al menos el 33 % conforme al Decreto 2531/1970, y a las que ahora se atribuye un porcentaje de discapacidad igual o superior al 45 % en aplicación del baremo introducido por el Real Decreto 383/1984. Nótese que la dolencia inicial se mantiene sin agravación, y el grado de discapacidad viene determinado en exclusiva por aplicación del baremo fijado en la nueva normativa reguladora. En tal caso, el periodo mínimo de cotización de 15 años comenzará a computar desde la resolución administrativa inicial que reconoció la minusvalía de al menos el 33 %, porque cabe entender que ya entonces el grado de discapacidad era igual o superior al 45 %. En el supuesto ahora examinado, esta situación es la que acontece en la sentencia de contraste aportada, no así en la STSJ de Madrid frente a la que se interpone el RCUd; motivo por el cual el TS desestima el RCUd por falta de contradicción, ex artículo 219 de la LRJS.
- **Segunda posibilidad:** la nueva resolución administrativa valora de nuevo el grado de discapacidad conforme al baremo introducido por el Real Decreto 383/1984, teniendo en cuenta: 1º) la agravación o empeoramiento de la patología que en su día determinó el reconocimiento de la situación de discapacidad de al menos el 33 % conforme al Decreto 2531/1971; y/o 2º) la aparición de nuevas dolencias susceptibles de valoración, surgidas con posterioridad a la primigenia declaración de minusvalía de al menos un 33 %. En tal caso, el periodo mínimo de cotización de 15 años comenzará a computar desde la fecha de la nueva resolución administrativa que actualiza el grado de discapacidad, fijándolo en un porcentaje igual o superior al 45 %. El periodo mínimo de cotización de 15 años no puede comenzar a computar desde la resolución administrativa inicial que reconoció la minusvalía de al menos el 33 %, porque cabe entender que entonces el grado de discapacidad no alcanzaba el 45 %.
- **Tercera fase:** Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (BOE núm. 22, de 26 enero 2000; Corr. Err., BOE núm. 62, de 13 marzo 2000)^[1]. En el caso ahora examinado, mediante resolución administrativa de fecha 5 de julio de 1975, la trabajadora fue declarada en situación de minusvalía de al menos el 33 % conforme a la normativa vigente en ese momento (Decreto 2531/1970) y posteriormente se somete a nueva valoración conforme al sistema derivado del Real Decreto 1971/1999. La nueva valoración del grado de discapacidad, que surte efectos el 15 de mayo de 2019, no resulta en exclusiva de actualizar la situación por aplicación del nuevo baremo previsto en la normativa vigente en ese momento (Real Decreto 1971/1999), sino por agravación de la patología primigenia y aparición de nuevas dolencias. Por tanto, conforme a la jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS ya expuesta, cabría entender que el periodo mínimo de cotización de 15 años comienza a computar desde el 15 de mayo de 2019, fecha de efectos de la nueva resolución administrativa que actualiza el grado de discapacidad, fijándolo

en un 65 %. El periodo mínimo de cotización de 15 años no podría comenzar a computarse desde 5 de julio de 1975, fecha de la resolución administrativa inicial que reconoce la minusvalía de al menos el 33 %, porque la situación no alcanzaba entonces el grado mínimo de discapacidad del 45 %. No obstante, cabe plantearse hasta qué punto podría darse la situación descrita a continuación, y que justificaría el acceso a la pensión de jubilación anticipada: 1) la aplicación del baremo recogido en la normativa vigente en el momento de realizar la nueva valoración (Real Decreto 1971/1999) justifica que la dolencia inicial sea valorada por sí sola con un grado de discapacidad de al menos un 45 %; y 2) la agravación de la dolencia inicial y la aparición posterior de nuevas dolencias justifican que el porcentaje de discapacidad se eleve hasta el 65 %.

- **Cuarta fase:** el 20 de abril de 2023 entró en vigor el nuevo baremo aprobado por el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (BOE núm. 252, de 20 octubre 2022). Habrá que examinar si las personas trabajadoras que tienen reconocido un grado de discapacidad inferior al 45 % según la normativa precedente, pueden verlo incrementado tras someterse a nueva valoración conforme al vigente Real Decreto 888/2022. Habrá que tener en cuenta si el posible incremento del grado de discapacidad viene dado: 1) exclusivamente por actualizar la situación precedente conforme al nuevo baremo del Real Decreto 888/2022, y/o 2) por agravación de la dolencia inicial o aparición de nuevas dolencias susceptibles de valoración.

2. Requisitos de acceso a la jubilación anticipada con discapacidad en grado igual o superior al 45 %

El artículo 3.Tres de la Ley 40/2007 incorporó en la ya derogada LGSS de 1994 el artículo 161 bis, cuyo apartado 1.párrafo 2º estableció una nueva modalidad de jubilación anticipada referida a personas que tienen reconocida una discapacidad en grado igual o superior al 45 %. La redacción del artículo 161 bis.1.párrafo 2º de la LGSS de 1994 pasó sin cambios a la vigente LGSS de 2015, recogándose inicialmente en su artículo 206.2 y actualmente en el artículo 206 bis.1.

La puesta en marcha de esta modalidad de jubilación anticipada quedó supeditada al posterior desarrollo reglamentario, que se articuló a través del Real Decreto 1851/2009. Esta norma reglamentaria, que ha sido reformada en tres ocasiones hasta la fecha (disposición final segunda Real Decreto 1148/2011, disposición adicional decimoctava Ley 27/2011 y Real Decreto 370/2023), precisa los requisitos de acceso a la pensión. La STS-SOC núm. 353/2024, que ahora se comenta, invita a reflexionar sobre la evolución que han experimentado los requisitos legales de acceso a la jubilación anticipada de personas con una discapacidad en grado igual o superior al 45 %:

Primer requisito: hallarse en situación de alta o asimilada a la de alta (artículo 6 Real Decreto 1851/2009). Este requisito se ha mantenido sin cambios hasta la actualidad.

Segundo requisito: edad mínima (artículo 3 Real Decreto 1851/2009). La edad mínima para acceder a esta modalidad de jubilación anticipada se fijó inicialmente en los 58 años. Tras la reforma operada por la Ley 27/2011, la edad mínima se redujo a 56 años.

Tercer requisito: periodo de carencia (artículo 1 Real Decreto 1851/2009). La persona trabajadora habrá trabajado un tiempo efectivo equivalente, al menos, al periodo mínimo de cotización de 15 años, que es el exigido para acceder a la pensión

ordinaria de jubilación [artículo 1 Real Decreto 1851/2009, en relación con artículo 205.1.b) LGSS].

Cuarto requisito: patología generadora de discapacidad (artículo 206 bis.1 LGSS y Anexo Real Decreto 1851/2009). La patología generadora de discapacidad que padece la persona trabajadora ha de estar listada en la norma reglamentaria (artículo 206 bis.1 LGSS). Las discapacidades listadas comparten un elemento, y es que en todas ellas concurren evidencias contrastadas que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida. Precisamente, este elemento común es el que justifica la reducción de la edad de jubilación. El listado en cuestión se recogió inicialmente en el artículo 2 del Real Decreto 1851/2009, que el Real Decreto 1148/2009 modificó para añadir las secuelas de la polio. El Real Decreto 370/2023 cambió la ubicación del listado en el Real Decreto 1851/2009, de modo que pasó de su artículo 2 a un nuevo anexo situado al final de la norma. El listado de patologías determinantes de discapacidad que dan acceso a la pensión es el siguiente:

- a) Discapacidad intelectual.
- b) Parálisis cerebral.
- c) Anomalías genéticas:
 - 1.º Síndrome de Down.
 - 2.º Síndrome de Prader Willi.
 - 3.º Síndrome X frágil.
 - 4.º Osteogénesis imperfecta.
 - 5.º Acondroplasia.
 - 6.º Fibrosis Quística.
 - 7.º Enfermedad de Wilson.
- d) Trastornos del espectro autista.
- e) Anomalías congénitas secundarias a Talidomida.
- f) Secuelas de polio o síndrome postpolio.
- g) Daño cerebral (adquirido):
 - 1.º Traumatismo craneoencefálico.
 - 2.º Secuelas de tumores del SNC, infecciones o intoxicaciones.
- h) Enfermedad mental:
 - 1.º Esquizofrenia.
 - 2.º Trastorno bipolar.
- i) Enfermedad neurológica:
 - 1.º Esclerosis lateral Amiotrófica (ELA)
 - 2.º Esclerosis múltiple.
 - 3.º Leucodistrofias.
 - 4.º Síndrome de Tourette.
 - 5.º Lesión medular traumática.

Quinto requisito: grado de discapacidad igual o superior al 45 % (artículo 206 bis.1 LGSS y artículo 1 Real Decreto 1851/2009). El artículo 1 del Real Decreto 1851/2009 ha venido exigiendo en todo momento que la persona trabajadora tenga reconocida una patología generadora de discapacidad listada y que esta lo sea en un grado igual o superior al 45 %. Inicialmente, ambos requisitos (la discapacidad listada y el grado de discapacidad) debían acreditarse durante todo el periodo mínimo de cotización de 15 años. Sin embargo, tras la reforma operada por el Real Decreto 370/2023: 1) la discapacidad listada sigue teniendo que reconocerse durante todo el periodo mínimo de cotización de 15 años; y 2) el grado de discapacidad igual o superior al 45 % basta que se haya reconocido durante 5 de los 15 años del periodo mínimo de cotización. Además, en orden a acreditar el preceptivo grado de discapacidad, este puede resultar de: 1) sumar los grados de discapacidad de las distintas patologías listadas que tiene reconocidas la persona trabajadora, o 2) sumar el grado de discapacidad de una de una patología listada, que supondrá al menos el 33 % del total, más el grado de discapacidad de otras patologías no listadas.

IX. Apunte final

La jubilación anticipada de personas con discapacidad en grado igual o superior al 45 % se incorporó en el sistema de Seguridad Social el 1 de enero de 2008. No obstante, su puesta en marcha se demoró dos años porque quedó supeditada al posterior desarrollo reglamentario, que se materializó a través del Real Decreto 1851/2009. Desde su entrada en vigor, el 1 de enero de 2010, esta norma reglamentaria ha sido reformada en tres ocasiones (Real Decreto 1148/2011, Ley 27/2011 y Real Decreto 370/2023). Las tres reformas han ido dirigidas a mejorar (flexibilizar) los requisitos de acceso a la pensión, con la consiguiente expansión progresiva de su ámbito subjetivo; dicho de otro modo: los cambios introducidos en esta materia se traducen en un incremento potencial del número de personas beneficiarias.

La flexibilización en los requisitos de acceso a jubilación anticipada de personas con discapacidad en grado igual o superior al 45 % se ha articulado por distintas vías, que son las siguientes:

- **Reducción de la edad mínima de acceso a la jubilación** en dos años, pasando de los 58 a los 56. Desde el 1 de enero de 2012, la edad mínima de acceso a la pensión es de 56 años.
- **Ampliación de la lista de patologías generadoras de discapacidad:** la lista de patologías generadoras de discapacidad que dan acceso a la pensión se amplió en 2011 para incorporar las secuelas de polio. Además, desde el 1 de junio de 2023: 1) se permite que el grado de discapacidad igual o superior al 45 % se alcance no solo con una o varias patologías listadas, sino también con otras no listadas, en cuyo caso un grado mínimo del 33 % procederá de patologías listadas; 2) se contempla expresamente la posibilidad de incorporar nuevas patologías generadoras de discapacidad a través del correspondiente procedimiento de actualización, que está pendiente de aprobación; y 3) se contempla expresamente la posibilidad de incorporar al listado de patologías generadoras de discapacidad las enfermedades raras a través de un procedimiento abreviado, que está pendiente de aprobación.
- **Reducción del periodo en el que hay que acreditar un grado de discapacidad igual o superior al 45 %:** inicialmente, el grado de discapacidad igual o superior al 45 % debía acreditarse durante todo el periodo mínimo de cotización exigido, que es de 15 años. Precisamente, este requisito es el que ha venido generando mayor litigiosidad, tal y como refleja la STS-SOC núm. 353/2024, ahora comentada. Desde el 1 de junio de 2023, basta que el referido grado de discapacidad se haya reconocido durante 5 de los 15 años del periodo mínimo de cotización. Nótese que la normativa no exige que ese periodo de 5 años deba ser inmediatamente

anterior a la fecha de hecho causante. En cualquier caso, la persona trabajadora ha tenido que estar afectada de la patología generadora de la discapacidad durante todo el periodo mínimo de cotización.

Referencias:

1. ^ Posteriormente pasa a denominarse Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, según establece el artículo único.1 del Real Decreto 1856/2009 (BOE núm. 311, de 26 diciembre 2009).

§ 30 Control del absentismo y control de las bajas por incapacidad temporal: circunstancias deseablemente diferentes.

Ángel Arias Domínguez

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

Resumen: *Se cuestiona si el sistema de incentivos económicos aplicable en la empresa que tiene en consideración el absentismo de las personas trabajadoras puede configurar, tras la entrada en vigor de la Ley 15/2002, como 'no recuperables' las horas dejadas de trabajar por encontrarse el trabajador en incapacidad temporal y las pérdidas por reposos médicos y convalecencia de operaciones.*

Palabras clave: *Absentismo. Bajas médicas. Sistema de incentivos en la empresa.*

Abstract: *It is questioned whether the system of economic incentives applicable in the company that takes into consideration the absenteeism of workers can configure, after the entry into force of Law 15/2002, as 'non-recoverable' the hours stopped working due to the worker on temporary disability and losses due to medical rest and convalescence from operations.*

Keywords: *Absenteeism. Medical sick leave. Incentive system in the company.*

I. Introducción

Se discute si es ajustado a derecho que en el sistema de cómputo de las ausencias que se tienen en consideración para el percibo de un complemento económico anti-absentismo se tengan en consideración las debidas a circunstancias relacionadas con enfermedades, o secuelas de éstas, padecidas por las personas trabajadoras.

No se discute la funcionalidad del plan, sus objetivos o su mecánica operativa. Únicamente se pone en tela de juicio la consideración que dicho sistema tiene de las ausencias debidas a enfermedades de los trabajadores, pues al configurarlas como 'no recuperables' inciden en la percepción del complemento económico, circunstancia que puede contradecirse a la luz de la Ley 15/2022.

Más allá de esta cuestión, lo que realmente late es la consideración que debe dársele a las ausencias al trabajo debidas a enfermedad de las personas trabajadoras. En una concepción clásica estas ausencias tenían el mismo tratamiento que cualquier otra falta de asistencia justificada. Tras la entrada en vigor de la Ley 15/2002 la perspectiva necesariamente debe ser otra, abogando porque se diferencien las ausencias justificadas al trabajo. Ciertamente la visión clásica del absentismo que ha incluido las ausencias justificadas por enfermedad -en realidad solamente algunas, no todas- en el concepto global de absentismo debe replantearse desde dos premisas. En primer lugar, desde la que exige una nueva consideración de las ausencias debidas a

enfermedad, y, en segundo lugar, desde la que impone la reflexión de la operatividad de una institución que se ha quedado sin su principal fuente de justificación.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Audiencia Nacional. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 18/2024, de 13 de febrero.

Tipo y número procedimiento: Conflicto. colectivo. Núm. 306/2023.

ECLI:ES:AN:2024:496

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Ana Sancho Aranzasti.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Se suscita un conflicto colectivo que tiene por objeto cuestionar la legalidad de la “*cláusula de los planes de incentivos*” que se aplica en varios departamentos de la empresa “*por la que se suprime o reduce el incentivo de las personas trabajadoras por haberse encontrado en situación de incapacidad temporal, indisposición o reposo médico*”.

Se trata de comprobar, en general, si las exigencias que derivan de dicha cláusula son acordes al ordenamiento laboral, y, en particular, si respetan las nuevas previsiones que se derivan de la Ley 15/2022 cuando instituye (al menos eso parece pretender) un motivo de nulidad del despido por encontrarse enferma la persona trabajadora desde una ‘norma satélite’ (en terminología de Sánchez Trigueros) al ET.

El funcionamiento del mecanismo implementado en la empresa es, ciertamente complejo, pues mezcla compromisos de producción con ausencias al trabajo.

La percepción del complemento económico previsto exige haber obtenido, al menos, un 50 % de los objetivos operativos individuales, pudiendo llegar, como máximo, a los 10 puntos. Una vez averiguado este parámetro personal se detraen los puntos de absentismo, que según refieren los planes se averiguan en función de una escala que tiene en consideración el dato del absentismo trimestral de la persona trabajadora, sin tener en consideración, al parecer, el índice global de absentismo de la totalidad de la empresa.

La particularidad es que no todas las inasistencias al trabajo tienen la misma fisonomía, pues dependiendo del tipo de ausencia se le concede una consideración u otra. Hay tres tipos de absentismo. En primer lugar, el “*absentismo no recuperable: bajas médicas, indisposiciones puntuales y reposos médicos*”. A todos los efectos se consideran absentismo e impactan en la percepción del incentivo, conforme a la tabla ideada para ello. Este es el punto discutido en el conflicto colectivo. En segundo lugar, “*ausencia de obligada recuperación: ausencias no recogidas en el convenio de aplicación, pero que la empresa sí permite a cargo de recuperación tales como: flexibilidad horaria, retrasos puntuales, consultas médicas (propias y familiares) y tutorías escolares, etc*”. No se consideran absentismo si se recuperan las horas dejadas de trabajar, y no impactan, por tanto, en la percepción del incentivo si efectivamente se recuperan. Y, en tercer lugar, “*permisos y licencias retribuidos: los previstos en el Estatuto de los Trabajadores y convenio colectivo de aplicación*”, que no se consideran absentismo y no impactan en el incentivo.

La cuestión que debatir es, por tanto, la inclusión como absentismo no recuperable de las bajas médicas, las indisposiciones puntuales y los reposos médicos, que tienen

incidencia en la percepción del incentivo, y concretamente si esta perspectiva es contraria a las previsiones de la Ley 15/2022, para la igualdad de trato y no discriminación.

IV. Posición de las partes

Los sindicatos que interpusieron la demanda asumen que la empresa implemente un “sistema de retribución variable” que contenga “una cláusula en relación con el absentismo, que supone 5 puntos sobre la totalidad a obtener con el sistema de incentivos”. En dicho documento se diferencian varios tipos de absentismo, y así se hace saber tanto a la representación de los trabajadores, como a quien pretende conocer el funcionamiento de la empresa, pues se cuelga en la página web de la mercantil. El documento refiere tres tipos diferentes de absentismo, configurando las bajas médicas como “no recuperable”. La demanda sostiene que dicha configuración, como ya se ha concretado, es contraria a las previsiones de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en particular a lo dispuesto en sus arts. 2.1 y 6, solicitando, por tanto, una resolución anulatoria de dichas cláusulas “que inciden en la percepción del incentivo”.

La empresa entiende reconoce que efectivamente los planes por objetivos no se perciben si se alcanza un determinado porcentaje de ausencias al trabajo, pero recuerda, por otro lado, que este sistema de incentivos ya sido impugnado en dos ocasiones ante la propia AN, para el año anterior y para el periodo que ahora se impugna, y que “hay un nuevo plan que no contempla ningún punto vinculado al absentismo”. No parecen argumentaciones los suficientemente poderosas como para sostener la adecuación a la legalidad del sistema anti-absentismo ideado.

V. Normativa aplicable al caso

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación

Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación: “1. Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de.../... enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos...”

Artículo 3. Ámbito objetivo de aplicación. “1. Esta ley se aplicará en los siguientes ámbitos: a) Empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo...”

Artículo 6. Definiciones: “1. Discriminación directa e indirecta.

a) La discriminación directa es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.

...b) La discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.

2. Discriminación por asociación y discriminación por error.

a) Existe discriminación por asociación cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo 2 de esta ley, es objeto de un trato discriminatorio.

b) La discriminación por error es aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas...”

Artículo 9. Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena. *“1. No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para.../...el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo...”*

VI. Doctrina básica

La influencia de la Ley 15/2022 no permite que en la elaboración convencional de los pluses anti-absentismo se tengan en consideración las bajas laborales debidas a enfermedad, convalecencia o recuperación. Si así se hiciese estaríamos en presencia de una discriminación indirecta proscrita por dicha norma, pues sitúa en peor condición a los trabajadores que han estado en estas situaciones que a otros que no han estado en razón de un parámetro -la enfermedad o sus consecuencias- que no puede ser tenido en consideración ni para la implementación de condiciones de trabajo, ni para configurar las reglas técnicas extintivas.

VII. Parte dispositiva

Se estima la demanda interpuesta por la representación letrada de los sindicatos accionantes frente a la empresa Homeserve Asistencia Spain, y se declaran *“nulas las cláusulas de los planes de incentivos, vigentes desde abril a diciembre de 2023, aplicables a los Departamentos de Front Office, Tramitación y Reclamaciones, por las que se suprime o reduce el incentivo a percibir por haberse encontrado en situación de baja médica, indisposición o reposo médico, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración”*.

VIII. Pasajes decisivos

“Conforme el art. 17 ET la enfermedad no era una de las señas identitarias protegidas frente a la discriminación, como tampoco lo era en el ámbito de la Directiva 2000/78 tal como se indicó en la STJUE de 11-7-2006 C-13/05 caso Chacón Navas.

Pero esta situación se modifica con la Ley 15/2022 cuando establece en su art. 4.1: El derecho protegido por la presente ley implica la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.

En consecuencia, queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad. Se consideran vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes.

La ley 15/2022 define en su art. 6.1.a) la discriminación directa como la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.

En el presente caso si comparamos la situación en que se encuentran dos trabajadores de la empresa que perciben incentivos por ventas en la gestión telefónica, resulta evidente que, a aquellos trabajadores que, por encontrarse en IT, hubieran superado los índices de absentismo exigidos en el plan, se les estaría dispensando un trato desigual y menos favorable que a los trabajadores que no hubieran causado periodos de IT en el tramo temporal de referencia.

Como quiera que la IT, art. 169.1 LGSS, se define como aquellas situaciones debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, este absentismo viene provocado por la situación de enfermedad en que el trabajador se encuentra y que le resulta impeditiva para trabajar,

de modo que el trato dispar constituye una discriminación directa por enfermedad, lo que resulta proscrito por la Ley 15/2022”.

Los argumentos expresados son plenamente extrapolables al supuesto ahora analizado. Las tres situaciones recogidas como “absentismo no recuperable” constituyen a juicio de esta Sala una discriminación directa por razón de salud o enfermedad, penalizando la percepción del incentivo al considerar como “no recuperables” las ausencias debidas por bajas médicas, indisposiciones puntuales y reposos médicos, situaciones todas ellas vinculadas con una situación de salud desfavorable para el trabajador, ajena en todo punto a su voluntad, y de la que se desprende una evidente penalización, frente a otros trabajadores que no incurrir en dichas situaciones, incidiendo en la percepción del objetivo.

De hecho, es más que significativo que a partir de la comunicación del plan de incentivos de 2024, se haya dejado de incluir la cláusula atinente al absentismo, que no puede habilitar, en relación a la anualidad de 2023, una situación proscrita por la Ley 15/2022...”

IX. Comentario

La implementación en mecanismos convencional de cláusulas anti-absentismo es una práctica común en las empresas. Especialmente en las de gran tamaño, acostumbradas a gestionar un contingente de trabajadores importante. Generalmente estos instrumentos vinculan el percibo de determinados pluses económicos con el presentismo o puntualidad de los trabajadores, funcionando también como ‘Caballo de Troya’ para la introducción de mecanismo de control de los trabajadores, singularmente para los momentos de entrada o salida del centro de trabajo, o de llegada y abandono del puesto.

Es la entrada en vigor de la Ley 15/2022 el argumento técnico que permite elaborar una distinción, al menos teórica, entre absentismo y bajas laborales debidas a incapacidad temporal, como si se tratase de dos instituciones diferentes, aunque es cierto que han convivido juntas mucho tiempo.

Con anterioridad, en otra resolución sobre idéntica problemática aunque antes de la entrada en vigor de la norma (SAN de 8 de junio de 1016 [proc. 131/16]), la AN ya había expresado su parecer sobre esta cuestión en los siguientes términos: “La Sala considera legítimo que la empresa procure disminuir el absentismo, por lo que nos parece razonable que el plan de incentivos promueva medidas para su reducción, de manera que, si se superan unos determinados porcentajes de absentismo, es lógico que se reduzca el importe del incentivo”, lo que lleva a afirmar seguidamente que “de estimarse la pretensión actora en los términos propuestos, podría suceder que los trabajadores, que permanezcan en IT durante todo el mes, perciban el incentivo, lo que provocaría consecuencias absurdas, puesto que uno de los objetivos del mismo es asegurar la presencia de los trabajadores durante todos los días laborables del mes”, pues “el incentivo controvertido no penaliza propiamente la IT, que constituye ausencia plenamente justificada (...), sino que introduce unos límites, cuya superación, reduce o extingue el incentivo, puesto que uno de sus legítimos objetivos es precisamente la reducción del absentismo”.

Pues bien, es el argumentario de esta resolución el que no puede sostenerse tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022, básicamente porque la norma proscribire cualquier tipo de discriminación en el empleo basada en la enfermedad de la persona trabajadora. Ni de manera directa, ni de manera indirecta, ni de manera refleja o por asociación.

X. Apunte final

La supresión del control empresarial del absentismo por obra de la Ley 1/2020, de 15 de julio, por la que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo, mediante la operatividad de un motivo extintivo quizá pueda considerarse una equivocación legislativa.

Bajo el pretexto de evitar el despido de los trabajadores que se encuentran en situación de incapacidad temporal, propósito loable y que se podía haber logrado de otra manera (de hechos ya se contaba con argumentos técnicos para ello y resoluciones jurisdiccionales que apoyaban la nulidad del producido en esas condiciones producido), se eliminó una causa extintiva objetiva que, en líneas generales, funcionaba bien y no había dado excesivos problemas jurisdiccionales, especialmente porque generalmente sólo se empleaba en estructuras empresariales de cierto tamaño y siempre al abrigo de normas convencional. La extinción por absentismo se rodeó -antes incluso de su derogación, quizá precisamente porque se barruntaba su arrumbamiento-, de una serie de garantías, básicamente eliminando la referencia al absentismo global de la empresa e introduciendo un mecanismo técnico que tenía en consideración el absentismo antecedente del propio trabajador afectado como fórmula que suaviza las interpretaciones más perversas de la propia norma. Precauciones bastante razonables que 'aseaban' un precepto que siempre ha tenido mala fama y siempre ha sido visto con recelo, tanto doctrinal como jurisdiccionalmente.

El problema estaba, no se oculta, que el precepto que regulaba esta cuestión pretendía atajar dos circunstancias relacionadas, aunque no eran de la misma especie: el control del absentismo y el control de la evolución de la incapacidad temporal. El primer propósito no puede ser apreciado de forma peyorativa. De ninguna manera. El segundo sí, naturalmente. Y que el derogado art. 52.1.c) ET se dedicase, con unas mismas reglas técnicas, a controlar ambas situaciones de la misma manera era su sentencia de muerte, entre otras razones porque consideraba como absentismo la falta de acudimiento al trabajo por motivos justificados de enfermedad cuando, en puridad, estamos en presencia de cuestiones distintas que requieren diferente tratamiento sancionador desde el punto de vista del control empresarial.

Nunca estuve demasiado de acuerdo en que el propósito principal del precepto fuese atajar la "excesiva morbilidad sobrevenida". Me parece una lectura excesivamente simple de la cuestión. Por dos razones, porque el artículo estaba estructuralmente previsto para combatir más supuestos de ausencias justificadas al trabajo, y porque siempre intuí que la reducción de su objetivo a un propósito tan espurio conllevaba, antes o después, la desaparición de este método de control empresarial de la productividad, que es lo que el control del absentismo pretende. No es baladí noticiar la influencia que en este proceso de derogación del art. 52.1.c) ET ha jugado la consideración de la discapacidad de la persona trabajadora (que no incapacidad, naturalmente), en el sentido de considerar irrazonable aquellas extinciones basadas en dicha circunstancia.

El precepto, en las condiciones en las que se desenvolvía y con el clima -jurisprudencial que limitaba sus consecuencias incluida-, estaba sentenciado, como Santiago Nasar en *Crónica de una muerte anunciada*, y únicamente quedaba por averiguar quién lo iba a ejecutar. Y, sin embargo, se insiste, su funcionalidad cumplía un papel razonable, pues otorgaba un instrumento -la extinción objetiva- que bien empleado podía servir de cláusula de seguridad del sistema disciplinario. Con un 'aggionamento' en condiciones podría haber seguido cumplimiento un interesante rol institucional como instrumento de control empresarial de la productividad.

Ahora en vez de disponer de un control empresarial directo del absentismo regulado en el propio ET (bien es cierto que disciplinario), se fomenta la formalización (se supone que pactada como parte de la negociación colectiva) de planes anti-absentismo cuya lectura preocupa a este comentarista, pues no se sabe si estamos en presencia de un mecanismo de control de la falta de asistencia al trabajo, o de un manifiesto en favor del buen hacer empresarial, como si se tratase de la afiliación a un grupo o clan. Puede ser que mediante estos nuevos instrumentos se diluya la responsabilidad personal cuando se deja de acudir al trabajo por encontrarse delicado de salud, pero a costa de facilitar una gran cantidad de información el empleador y de asumir un cúmulo de compromisos de todo tipo de dudosa entidad laboral en sentido estricto. Estas exigencias (a veces nada clara, a veces confusas, a veces contradictorias) se suelen regular empleando reglas técnicas de 'soft law', redactando

compromisos más que reglas, siempre en términos suaves, dulces (recordando esa dicotomía de 'tiempos' entre los dulces -los pasados-, y los agrios -los presentes- que Ortega hizo célebre), de cuestionable cumplimiento (¿voluntario?) y, sobre todo, sin exponer cuáles son las consecuencias sancionadoras de su incumplimiento. Exigencias compromisarias que diluyen el estricto cumplimiento de las obligaciones laborales (en tiempo, en este caso) en viscosas exigencias 'paralaborales' de cuestionable relación con el empleo asalariado profesional.

Quizá lo más razonable desde un punto de vista de la protección de los intereses de todos los sujetos en conflicto hubiera sido mantener el funcionamiento de la regla extintiva objetiva configurando un motivo específico de nulidad del despido basado, directa o indirectamente, en estas circunstancias de enfermedad de la persona trabajadora, al estilo de lo que ocurre con la discapacidad discriminatoria.

Todavía queda por resolver, y no parece que la cuestión vaya a alargarse mucho, si verdaderamente la Ley 15/2022 ha implementado una causa autónoma y específica de nulidad del despido. Si una norma 'satélite' del ET puede incorporar un contenido tan importante en el juego laboral sin una habilitación expresa en el propio Estatuto (con mayúsculas).

§ 31 Vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo y principio de interpretación jurídica conforme a la eficacia de la tutela antidiscriminatoria: salarios de tramitación y despido nulo por embarazo.

José Luis Monereo Pérez

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

Resumen: STC (Sala Primera) Nº. 22/2024, de 12 de febrero. Recurso de amparo núm. 5319/2022. Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho. Recurso promovido por Dña. Natalia Rodríguez Aguilera respecto de la resolución dictada por la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia y las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y un juzgado de este mismo orden jurisdiccional de Barcelona, que desestimaron su solicitud de reconocimiento de salarios de tramitación. Vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de sexo: denegación del derecho a percibir los salarios de tramitación fundada en la calificación del despido como nulo al tener efecto cuando se hallaba embarazada.

Palabras clave: Derecho fundamental a no padecer discriminación por razón de sexo. Tutela frente a toda discriminación por razón de sexo. Salarios de tramitación. Despido improcedente y despido nulo por embarazo. preferencia de la interpretación finalista sobre la literalidad de las normas aplicables.

Abstract: STC (First Chamber) Nº. 22/2024, of February 12. Appeal for Constitutional Protection No. 5319/2022. Speaker: Mr. Ricardo Enríquez Sancho. Appeal brought by Ms. Natalia Rodríguez Aguilera against the resolution issued by the Directorate General for Relations with the Administration of Justice and the rulings of the Social Division of the High Court of Justice of Catalonia and a court of the same jurisdiction in Barcelona, which rejected her request for recognition of wages for processing. Infringement of the right not to suffer discrimination on the basis of sex: denial of the right to receive processing wages based on the classification of the dismissal as null and void because it took effect when she was pregnant.

Keywords: Fundamental right not to suffer discrimination on the basis of sex. Protection against any discrimination on the basis of sex. Processing wages. Unfair dismissal and null dismissal due to pregnancy. Preference of the finalist interpretation over the literal interpretation of the applicable norms.

"Frente a las tres dimensiones [de la teoría jurídica: la analítica, la empírica y la normativa], el carácter de la ciencia del Derecho como disciplina práctica resulta ser un principio unificante. Si la ciencia del Derecho ha de cumplir racionalmente su tarea práctica, tiene entonces que vincular recíprocamente las tres dimensiones. Tiene que ser una disciplina pluridimensional: la

vinculación de las tres dimensiones es condición necesaria de la racionalidad de la ciencia del derecho como disciplina práctica"

ROBERT ALEXY^[1]

I. Introducción

El objeto del recurso de amparo se dirige a determinar si la denegación a la recurrente por parte del Estado de la reclamación de los salarios de tramitación que le fueron reconocidos en una previa sentencia de despido ha vulnerado su derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), por haber sido ese despido declarado nulo a causa de su situación de embarazo. Como ha quedado indicado en los antecedentes de esta sentencia, a la recurrente en amparo, al igual que a las restantes trabajadoras despedidas, como consecuencia de la declaración judicial de la extinción de su relación laboral les fue reconocido el derecho a percibir tanto la indemnización legalmente prevista, como los salarios de tramitación devengados. A pesar de ello, habiendo solicitado el abono de estos últimos al Estado, solo a ella se le denegó el derecho a reclamarlos con fundamento en que su despido no fue calificado como improcedente sino como nulo, por hallarse embarazada al tiempo de ser despedida [art. 53.4 b) del ET].

Aunque la recurrente en recurso de amparo sostiene la infracción del art. 14 CE, tanto desde la perspectiva del derecho a la igualdad como desde la de la prohibición de discriminación, el Tribunal Constitucional entiende que ha de centrarse en esta última vertiente dado que lo denunciado es la existencia de un trato desigual por motivo de embarazo. Siendo este un elemento o factor diferencial, que en tanto que este hecho biológico incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 6, y 11/2023, de 23 de febrero, FJ 3), se ha de llevar a cabo el examen desde la concreta perspectiva de la prohibición de las discriminaciones «por razón de sexo». Por consiguiente, debe rechazarse que la recurrente esté denunciando —como, por el contrario, sostiene el Abogado del Estado— una «discriminación por indiferenciación», a cuyo través reclame el reconocimiento de una desigualdad de trato a favor del despido nulo por embarazo respecto del resto de los supuestos de nulidad, lo que no tendría amparo —como bien dice— en el art. 14 CE. La demanda no pretende que se le dispense un trato normativo desigual mediante una diferenciación entre los diversos supuestos de despido nulo, sino que lo que denuncia es el trato discriminatorio por razón de sexo recibido con relación al resto de sus compañeras despedidas en idénticas circunstancias, al entender que ha sido su embarazo el único motivo por el que se le cercenó la posibilidad de obtener del Estado los salarios de tramitación reclamados.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional, Sala Primera.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 22/2024, de 12 de febrero.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de amparo núm. 5319/2022.

ECLI:ES:TC:2024:22

Fuente: BOE, núm. 72, 22 de mayo de 2024.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Los antecedentes fácticos más relevantes son los siguientes:

Autos de despido (núm. 503-2017): la empresa Petmark, SL (dedicada a la venta directa al público de productos de alimentación y artículos para el cuidado de mascotas y pequeños animales), cesó en su actividad comercial comunicando a sus cuatro trabajadoras (y, entre ellas, a la recurrente en amparo), la extinción de sus contratos de trabajo por causas objetivas de índole económico. Las trabajadoras despedidas impugnaron tal decisión en la vía judicial dictándose la sentencia núm. 268/2018, de 5 de julio, del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona, en la que se calificaban los despidos de todos los trabajadores como «improcedentes» (al no haberse acreditado por la empresa demandada la causa de despido), excepto de la recurrente que se calificó de nulo al encontrarse en estado de embarazo, como así lo preceptúa el art. 53.4 b) ET, que impone dicha calificación (salvo en el caso de merecer la decisión extintiva la de procedencia) al despido «de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo» hasta el comienzo del periodo de suspensión por nacimiento. El efecto de tal calificación debía ser la readmisión inmediata de la trabajadora en su puesto de trabajo, al carecer la empresa en tal supuesto (a diferencia de lo que sucede con los despidos improcedentes), de la posibilidad de optar por la extinción indemnizada del contrato de trabajo (art. 53.5 en conexión con el art. 55.6 ET).

Puesto que no era posible la readmisión de ninguna de las trabajadoras al haber cesado la empresa en su actividad, solicitaron todas ellas en el acto del juicio la extinción indemnizada de sus relaciones laborales [al amparo del art. 110.1 b) LJS], petición que fue atendida por el órgano judicial, declarando la extinción con reconocimiento de las respectivas cantidades que a cada una de ellas le correspondían en concepto de indemnización y de «salarios de tramitación» (devengados durante la tramitación del procedimiento de despido, desde la presentación de la demanda hasta la declaración por sentencia de la improcedencia y nulidad del despido). De este modo, conforme a lo dispuesto en los arts. 56.5 ET y 116.1 LJS, le correspondía al Estado asumir el pago de los que excedieran de los noventa días hábiles contados desde la presentación de la demanda.

Autos de reclamación del pago de salarios de tramitación (núm. 1069-2019): la empresa demandada, declarada judicialmente en estado de insolvencia, no abonó los salarios de tramitación y, por consiguiente, tampoco procedió a solicitar del Estado el reintegro de la parte que corría a su cargo (normalmente, la empresa anticipa su abono a los trabajadores, procediendo después a reclamar del Estado la parte que le corresponde). Por ello, tanto la recurrente en amparo como otra de las trabajadoras despedidas solicitaron al Estado –al amparo de lo dispuesto en el art. 116.2 LJS– el abono de los que debía asumir. Según ese precepto, «en el supuesto de insolvencia provisional del empresario, el trabajador podrá reclamar directamente al Estado los salarios a los que se refiere el apartado anterior [los que exceden de los noventa días hábiles desde la presentación de la demanda de despido], que no hubieran sido abonados por aquel [por el empresario]». Mientras que a la otra reclamante le fue estimada su solicitud en vía administrativa, a la recurrente le fue denegada tanto en la vía administrativa como en la judicial, primero, por sentencia núm. 265/2021, de 12 de julio, del mismo Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona y, a continuación, por sentencia núm. 3447/2022, de 13 de junio, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

A pesar de que su despido, fue calificado como nulo por carecer de causa justificativa, declarándose su relación laboral extinguida por imposibilidad de readmisión, tanto el órgano administrativo como los órganos judiciales consideraron que no procedía el abono de los salarios de tramitación (aquellos que exceden de los noventa días) con cargo al Estado por cuanto legalmente tal reclamación estaba prevista solo para los casos de despido «improcedente» y no para los del «nulo», calificación esta última que se aplicó en el caso de la recurrente por hallarse en estado de embarazo.

IV. Posición de las partes

-La demanda de amparo considera que tanto la resolución administrativa que denegó a la recurrente los salarios de tramitación reclamados al Estado, como las sentencias núm. 265/2021, de 12 de julio de 2021 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona, y 3447/2022, de 13 de junio de 2022, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que la confirmaron, han vulnerado el principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), pues el embarazo ha servido como un elemento o factor diferencial que ha impedido a la recurrente la percepción de los salarios de tramitación a cargo del Estado. En primer lugar, sostiene la vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) al darse todos los requisitos exigidos por la doctrina constitucional para apreciar su infracción (STC 79/2020, de 2 de julio, FJ 4). En segundo lugar, aduce la recurrente la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), haciendo referencia a la doctrina constitucional sobre tal tipo de discriminación, a la positivización del criterio jurisprudencial de la discriminación directa en el art. 8 de la Ley 3/2007, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres, y a la discriminación indirecta descrita en el art. 1 b) de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y de ocupación. Tras ello, afirma que nos encontramos ante dos normas aparentemente neutras (de un lado, la que prevé la protección frente al despido injustificado de las trabajadoras embarazadas; de otro, la que permite a los trabajadores reclamar al Estado el pago de salarios de tramitación en los supuestos de insolvencia empresarial) que, en su interpretación conjunta, llevan a un trato peyorativo de las trabajadoras embarazadas en el momento del despido. En efecto, aunque ambas disposiciones normativas en su interpretación aislada contienen disposiciones acordes con el contenido constitucional, aplicadas conjuntamente arrojan una situación claramente peyorativa para las mujeres que carece de una finalidad legítima que pueda justificar la diferencia de trato.

-El Abogado del Estado solicita, en primer lugar, la inadmisión del recurso por considerar que carece de especial trascendencia constitucional y, subsidiariamente, la desestimación por falta de vulneración del art. 14 CE, en su doble vertiente de derecho a la igualdad y a la no discriminación; la primera, al no haberse ofrecido un *tertium comparationis* válido, al pretender compararse dos situaciones jurídicas diferentes (despido improcedente y despido nulo); y, la segunda, al denunciarse una discriminación por indiferenciación, esto es, por la falta de diferenciación legal a favor del despido nulo por embarazo respecto del resto de supuestos de nulidad.

-El Ministerio Fiscal, por su parte, aunque descarta la infracción del derecho fundamental a la igualdad por el mismo motivo señalado por el abogado del Estado, sin embargo, considera que se ha producido una discriminación por razón de sexo en tanto que la desestimación de la reclamación de los salarios de tramitación habría tenido por causa el estado de embarazo de la recurrente, que es lo que provocó que su despido fuese calificado finalmente como nulo. Tal infracción constitucional no sería imputable a la ley, sino a la interpretación judicial de la misma, pues existiendo una declaración de improcedencia en la sentencia respecto de todas las actoras (que se transformó en la de nulidad por imposición legal respecto a la recurrente por estar embarazada), la interpretación literal del art. 116.2 LJS^[2], habría resultado contraria al contenido material del derecho a la no discriminación por razón de sexo.

V. Normativa aplicable al caso

-Artículos 9.2, 10 y 14 CE; artículo 116.2 LJS; artículos 53.4 b), 55 y 56 ET.

- Artículo 8 de la Ley 3/2007, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

-Artículo 1 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y de ocupación.

-Artículo 8.2 de la Carta Social Europea Revisada de 1996.

-Artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

VI. Doctrina básica

En definitiva, la negación a la recurrente –cuyo despido fue declarado nulo por producirse en estado de embarazo– de su derecho a percibir los salarios de tramitación sobre la base de que su despido mereció la calificación judicial de «nulo» no es sino fruto de una *interpretación rigorista, literal y formalista de la legalidad ordinaria*. Dicha interpretación ha resultado contraria al derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), al no haber optado las resoluciones impugnadas por una interpretación del art. 116.2 LJS en conexión con el art. 53.4 b) ET que resultase respetuosa con el contenido esencial de ese derecho fundamental.

VII. Parte dispositiva

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo interpuesto y, en su virtud, resuelve:

1. ° Declarar que ha sido vulnerado su derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

2. ° Restablecer a la recurrente en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad tanto de la resolución [no fechada] de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia (expediente núm. 105-2019), así como de la sentencia núm. 265/2021, de 12 de julio, del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona (autos núm. 1069-2019) y de la sentencia núm. 3447/2022, de 13 de junio, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (recurso de suplicación núm. 749-2022), con retroacción de las actuaciones al momento previo al dictado de la primera de dichas resoluciones para que se dicte una nueva en los términos señalados en el fundamento jurídico 4.

VIII. Pasajes decisivos

-El art. 14 CE, entre otros motivos, el precepto prohíbe la discriminación «por razón de sexo», que comprende «no solo el tratamiento peyorativo que se funda en la pura y simple constatación del sexo de la persona afectada, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca» (por todas, SSTC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2; 2/2017, de 16 de enero, FJ 5, y 108/2019, de 30 de septiembre, FJ 2), tal y como ocurre con el embarazo, «elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres» (SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 6; 108/2019, FJ 2, y 11/2023, de 23 de febrero, FJ 3). En la medida en que el embarazo, el parto y la maternidad, son situaciones vitales asociadas al sexo femenino, el hecho de que pueda existir una diferenciación de trato fundada en tales circunstancias se vincula a la existencia de una discriminación por razón de sexo. Mediante la construcción de ese ámbito de protección reforzada de los derechos de las mujeres se da cumplimiento a la obligación impuesta constitucionalmente a los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad, como valor superior del ordenamiento jurídico, sea real y efectiva (art. 9.2 CE) (STC 44/2023, de 9 de mayo, FJ 8). Por consiguiente, la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo (SSTC 162/2016, de 3 de octubre, FJ 6; 108/2019, FJ 2; 71/2020, de 29 de junio, FJ 3, y 11/2023, FJ 3).

-Resulta inasumible desde la perspectiva del derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en el art. 14 CE que su derecho al cobro de salarios de tramitación (reconocidos por sentencia firme) quedase cercenado como consecuencia de la previa atribución de una garantía legal (calificación de su despido como «nulo»

por hallarse embarazada), que tenía como finalidad la de otorgarle un plus de protección por su condición de trabajadora gestante, imponiendo a la empresa su obligada readmisión en su puesto de trabajo. Sin embargo, tal calificación del despido por imperativo legal [art. 53.4 b) ET], no solo tuvo meros efectos formales (por ser imposible su reincorporación en el puesto de trabajo al haber cesado la empresa en su actividad), sino que la colocó en peor situación que al resto de las trabajadoras, operando finalmente su situación de embarazo como un elemento pernicioso. En efecto, en lugar de proporcionar a la trabajadora un «plus protector» debido a su estado biológico, la conjunción con el art. 116.2 LJS le provocó el efecto contrario: un evidente e injustificado trato peyorativo con relación al resto de las compañeras despedidas, en la medida que ni pudo ser readmitida (por haberse cerrado el centro de trabajo), ni tuvo la posibilidad de percibir del Estado los salarios de tramitación. De este modo, el mecanismo de tutela reforzada para la trabajadora embarazada legalmente previsto en el art. 53.4 b) ET, con el fin de promover la igualdad de oportunidades en el trabajo y evitar la discriminación por razón de sexo, se volvió en su contra, pues, en lugar de verse beneficiada, se la colocó en peor condición que al resto de sus compañeras de trabajo, al negarle el derecho a obtener del Estado la parte de los salarios que le correspondía legalmente asumir.

IX. Comentario

El punto de partida es la delimitación del derecho fundamental que se considera vulnerado, toda vez que en la demanda de amparo se alega que las resoluciones judiciales precedentes han vulnerado tanto el principio de igualdad de trato (STC 79/2022, de 2 de julio, FJ 4) como la prohibición de discriminación por razón de sexo (que gozan de la garantía constitucional ex art. 14 CE, relación con el art. 8 de la Ley 3/2007, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres, y a la discriminación ex art. 1 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y de ocupación SSTC 155/2021, de 13 de septiembre y 91/2019, de 3 de julio). Al respecto entiende el Tribunal Constitucional que en la demanda de amparo se aduce la vulneración del art. 14 CE, tanto desde la perspectiva del derecho a la igualdad como desde la de la prohibición de discriminación, la pretensión formulada que realmente tiene cabida y la que ha de centrar la atención en el procedimiento es la relativa a la prohibición por razón de sexo dado que lo denunciado en sustancia es la existencia de un trato desigual por motivo de embarazo. Siendo este «un elemento o factor diferencial», que en tanto que este hecho biológico «incide de forma exclusiva sobre las mujeres» (SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 6, y 11/2023, de 23 de febrero, FJ 3), de manera que el examen jurídico debe centrarse en la concreta perspectiva de la prohibición de las discriminaciones por razón de sexo. En consecuencia, se ha de rechazar que la recurrente esté denunciando (como, al contrario, sostiene erróneamente el Abogado del Estado) una «discriminación por indiferenciación», a cuyo través reclame el reconocimiento de una desigualdad de trato a favor del despido nulo por embarazo respecto del resto de los supuestos de nulidad, lo que no tendría amparo –como bien afirma el Abogado del Estado– en el art. 14 CE. Un lectura atenta de la demanda conduce a no se pretende en ella que se le dispense un trato normativo desigual mediante una diferenciación entre los diversos supuestos de despido nulo, sino que lo que denuncia es el trato discriminatorio por razón de sexo recibido con relación al resto de sus compañeras despedidas en idénticas circunstancias, al entender que ha sido su embarazo el único motivo por el que se le cercenó la posibilidad de obtener del Estado los salarios de tramitación reclamados.

Puede ser útil comenzar por la argumentación decisiva para llegar al fallo. La negación a la recurrente –cuyo despido fue declarado nulo por producirse en estado de embarazo– de su derecho a percibir los salarios de tramitación sobre la base de que su despido mereció la calificación judicial de «nulo» no es sino fruto de *una interpretación rigorista, literal y formalista de la legalidad ordinaria*. Dicha interpretación ha resultado contraria al derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), al no haber optado las resoluciones impugnadas por una interpretación del art. 116.2

LJS en conexión con el art. 53.4 b) ET que resultase respetuosa con el contenido esencial de ese derecho fundamental (FJ. 4º).

Hay que realzar que la interpretación de las normas jurídicas (constitucionales y de legalidad ordinaria, o si se quiere infraconstitucional) tiene que atender al principio de primacía de la interpretación finalista atendiendo a lo establecido en el art. 3.1 del Título Preliminar del Código Civil y a los límites intrínsecos de margen hermenéutico que ofrece la normativa en su contexto^[3]. En el fondo, toda norma jurídica requiere una interpretación jurídica conforme a su fin, establecido en sentido preferentemente objetivo como quiere el art. 3.1 del Código Civil, a saber: un criterio de finalidad prefigurada que mira a la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada, lo cual remite al conocimiento del sentido actual de la norma objeto de interpretación vinculada al tiempo histórico, por más que se ha de partir siempre de sus orígenes. De ahí la trascendencia del razonamiento y la motivación en la aplicación judicial del Derecho.

En segundo lugar, cuando se alega una posible vulneración de un derecho fundamental (es el caso del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo) se ha de observar el principio de interpretación conforme a la mayor eficacia en la tutela del derecho fundamental en tela de juicio. Este principio se refuerza para alcanzar una tutela reforzada del derecho a la no discriminación por razón de sexo. Para hacer efectiva la cláusula de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE, el Tribunal Constitucional ha establecido un canon mucho más estricto y riguroso que el de la mera razonabilidad y proporcionalidad que, desde la perspectiva genérica del principio de igualdad, se exige para la justificación de la diferencia normativa de trato. Efectivamente, «a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad» [SSTC 233/2007, FJ 5; 71/2020, FJ 3 a), y 11/2023, FJ 3 B)]. No basta, en fin, con que las resoluciones judiciales estén motivadas y fundadas en derecho, sino que es preciso que sean coherentes con el derecho fundamental que está en juego (STC 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3), expresando o trasluciendo «una argumentación axiológica que sea respetuosa» con su contenido esencial (STC 63/2005, FJ 3; que reitera la STC 22/2024, FJ. 4º, aquí comentada). En relación a ello, el Alto Tribunal reprocha a los órganos de la jurisdicción ordinaria que se ha pronunciado en el caso de autores que la negación a la recurrente de su derecho a percibir los salarios de tramitación sobre la base de que su despido mereció la calificación de «nulo» no es sino fruto de una *interpretación rigorista, literal y formalista de la legalidad ordinaria*. Dicha interpretación ha resultado contraria al derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), al no haber optado las resoluciones impugnadas por una interpretación del art. 116.2 LJS en conexión con el art. 53.4 b) ET que resultase respetuosa con el contenido esencial de ese derecho fundamental. Reclama, pues, que el grupo normativo regulador sea objeto de una interpretación judicial que se atenga a la primacía de la interpretación finalista (o teleológica) y conforme al sentido de garantizar la mayor eficacia del derecho a la no discriminación por razón de sexo.

En el caso examinado el Tribunal Constitucional, coincidiendo con el Ministerio Fiscal, descarta la vulneración del art. 14 CE en su faceta de derecho a la igualdad ante la ley, por falta de aportación de un término válido de comparación. En este sentido, indica que las situaciones contrastadas eran diferentes, ya que a la demandante se le declaró el despido como nulo, mientras que a su compañera de trabajo lo fue como improcedente. Existía, a su juicio, una diferencia jurídica relevante entre ambos supuestos en tanto que la declaración de nulidad da derecho a la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir, y la

improcedencia otorga al empresario el derecho a optar entre la readmisión o la indemnización. Es cierto, sin embargo, que esa diferencia se reduce notablemente si, como sucedía en el caso de autos, resultaba imposible la readmisión.

Una vez descartada la desigualdad de trato se pasa a analizar la eventual discriminación por razón de sexo, en concreto, por motivo de embarazo. A tal fin, se indica: 1º las resoluciones judiciales impugnadas aplicaron los artículos 56.5 ET (despido improcedente) y 116 LJS (reclamación del pago de salarios de tramitación), que establecen la obligación del Estado de abonar los salarios de tramitación que excedan de los noventa días hábiles, desde la fecha en que se tuvo por presentada la demanda por despido hasta la sentencia del juzgado o tribunal que por primera vez declarase su improcedencia; 2º es el empresario quien puede reclamar del Estado tales salarios (art. 116.1 LJS) siempre que los haya pagado a sus trabajadores, pues es el condenado en la sentencia de despido; 3º el art. 116.2 LJS contempla la posibilidad de que el empresario no pueda pagar los salarios de tramitación porque sea declarado insolvente y, en ese caso, se activa un sistema para que los trabajadores cobren esos salarios por encima de los noventa días, abriéndose la posibilidad de que los trabajadores se los puedan reclamar al Estado; 4º lo dispuesto en los artículos 56.5 ET y 116.1 LJS –como ha puntualizado el Tribunal Supremo (sentencias de la Sala de lo Social de 23 de julio de 1996 y 7 de julio de 1997)– constituye una medida para aliviar a las empresas de determinados costes derivados del mero transcurso del tiempo en la resolución de los procesos por despido, por lo cual está justificado que si el empresario hubiese despedido a un trabajador con violación de derechos fundamentales (despido nulo) el Estado no se haría cargo de la parte de los salarios de tramitación que excediesen de los noventa días, sino que sería el empresario –al tener el despido nulo un plus de «injusticia» y de una actuación más contraria a derecho– quien se haría cargo de la totalidad de esos salarios. Por tal motivo, como ha puntualizado la STS 1110/2020, de 10 de diciembre, no procedería que el Estado se hiciese cargo de tales salarios cuando el despido fuese nulo.

Ahora bien, se precisa que lo dispuesto en el art. 116.2 LJS no puede entenderse como una medida para aliviar a las empresas de los costes derivados del transcurso del tiempo en la resolución de los procesos por despido, sino que constituye una medida de protección del trabajador para que puedan cobrar salarios de tramitación en el caso de insolvencia empresarial. Por ello, la mayor antijuridicidad de la actuación empresarial no puede servir de justificación para negar el abono de los salarios de tramitación a cargo del Estado a los trabajadores cuyo despido sea nulo. Y recuerda que, aunque el legislador tiene un amplio margen de maniobra para decidir los supuestos que protege (como así se ha señalado por la doctrina constitucional en relación con la acción protectora de la Seguridad Social), en todo caso, su libertad se ve limitada por las exigencias derivadas del respeto al principio de igualdad y de no discriminación (art. 14 CE).

Descartada la justificación expresada en las sentencias impugnadas para circunscribir al despido improcedente el pago por el Estado de los salarios de tramitación en caso de insolvencia empresarial, se pasa a analizar si en el caso concreto se ha producido una discriminación por razón de sexo y, en caso de existir esta, si puede achacarse a la interpretación que se ha realizado de la normativa aplicable o se deriva indefectiblemente de la ley. A tal fin, se subraya que *la única razón material* por la que no se concedió a la trabajadora demandante el pago por el Estado de los salarios de tramitación fue su condición de mujer embarazada cuando fue despedida, pues la única razón de la *desestimación de su petición fue la calificación de su despido como nulo y la única causa de que no fuera considerado como improcedente (como sucedió con el resto de sus compañeras) se halló en su estado de embarazo* [art. 54.3 b) ET]. Resulta evidente que la desestimación de su petición de abono de salarios de tramitación a cargo del Estado supuso un trato desfavorable o peyorativo, al no haber podido cobrar del empresario tales salarios dada su insolvencia. Es así que concurrirían todos los requisitos para apreciar la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, teniendo en cuenta que si bien el art. 116.2 LJS contiene una medida que supone un beneficio para los

trabajadores despedidos en caso de despido improcedente, cuando se dan los requisitos para la improcedencia en el caso de una mujer embarazada, automáticamente ese despido improcedente ha de convertirse en nulo [arts. 53.4 b) y 55.5 b) ET], lo que conlleva el que, en ningún caso, el Estado se haga cargo de los salarios de tramitación devengados por la trabajadora embarazada. Con ello resulta que una norma que se creó para proteger a las mujeres embarazadas [art. 53.4 b) ET], termina provocándoles un perjuicio como resultado de la aplicación del art. 116.2 LJS. Según esto, se darían los requisitos exigidos por la legislación (art. 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) y por la doctrina constitucional para apreciar la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, en tanto que se habría producido un trato desfavorable como consecuencia del embarazo; dicho de otra manera, concurriría el factor protegido (el sexo plasmado en la situación de embarazo) y la existencia de un perjuicio directamente asociado al mismo.

Por tanto, la conclusión no puede ser otra que considerar que se ha producido una discriminación por razón de sexo. Pero resulta necesario analizar si ésta deriva directamente de la norma legal aplicada (en cuyo caso, la Sala debería plantear una cuestión de inconstitucionalidad) o si es posible realizar una interpretación del precepto *secundum constitutionem* que permita mantener su validez. Para ello, puede traerse a colación la STC 138/2005, de 26 de mayo, en la que se recuerda la doctrina relativa al *principio de conservación de la ley*, para lo cual puede ser útil una interpretación finalista de adecuación o incluso de carácter evolutivo o progresivo vinculada a la misma evolución del ordenamiento jurídico, y a fin de adaptar el contenido de la norma a las exigencias prácticas surgidas con posterioridad a su creación y que tienen que ver con una realidad siempre cambiante (centro sociológico de imputación normativa). La interpretación, pues, de una ley o de una norma singular que ha de tomar en consideración la realidad social y la posición que ella ocupa en el ordenamiento jurídico^[4]. Según esa sentencia, solo cabría declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos «cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma», al ser necesaria la preservación de la validez de la ley cuando su texto no impida una interpretación adecuada de la Constitución, para lo cual es preciso explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar de manera fundada la primacía de la Constitución y sin que se pueda ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos, por cuanto que la interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*, lo que, si fuera así, supondría desfigurar y manipular los enunciados legales, asumiendo el Tribunal Constitucional la función de legislador positivo de manera directa (FJ 6).

Atendiendo a la argumentación anterior, el Tribunal Constitucional, coincidiendo con el Ministerio Fiscal, entiende que es posible y procedente llevar a cabo una interpretación conforme a la Constitución que evite el trato peyorativo a la trabajadora por razón de su embarazo, aun siendo consciente de la dificultad que plantea el tenor literal o gramatical de la normativa aplicable. Este principio deriva directamente del lugar que la Constitución atribuye a los derechos fundamentales como elementos fundantes del ordenamiento jurídico, del orden político y de la paz social (cfr. art. 10.1 de Constitución^[5]). Y sería posible y pertinente porque es manifiesto que la razón del legislador para establecer la nulidad de un despido (que sería improcedente de no estar la trabajadora embarazada) se halla en su mayor protección, al implicar su readmisión con abono de los salarios dejados de percibir, frente al efecto normal de la improcedencia que supondría otorgar al empresario la posibilidad de no readmitirla, con el abono de la indemnización fijada en la correspondiente sentencia (art. 56 ET). Se impide con ello que la trabajadora embarazada pierda su empleo y su salario, y que el empresario pueda optar por reiterarse en el despido improcedente pero indemnizado si considera más económico pagar la indemnización por despido que afrontar el coste que le pudiera suponer el apoyo a la maternidad (permiso para el cuidado de los hijos, por ejemplo) impidiendo, en la práctica, la eficacia de esos beneficios anudados al derecho a la protección contra el despido ilegítimo. Al efecto, es necesario recordar los artículos 24 (“Derecho a protección en caso de despido”) y

8.2 (“Derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad”)^[6] de la Carta Social Europea Revisada en 1996, y artículos 30 (“Protección en caso de despido injustificado”) y 21 (“Principio de no discriminación”)^[7] de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En este orden de ideas, la interpretación de la normativa aplicable que se ha realizado en las resoluciones impugnadas se ciñe al tenor estrictamente literal de las normas, en particular, del art. 116.2 LJS (reclamación del pago de salarios de tramitación), que es acorde con la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (aunque con relación a reclamaciones realizadas por los empresarios) y con la interpretación que han hecho otros tribunales superiores de justicia. Pero, como no se trata de una cuestión de igualdad ante la ley sino de un supuesto de prohibición de discriminación, se subraya que la interpretación efectuada ha resultado *excesivamente formalista, al ser posible otra más conforme con el derecho a la no discriminación por razón de sexo*. El problema jurídico-práctico para la interpretación del art. 116.2 LJS de modo que evite un trato peyorativo por motivos de embarazo estaría, no obstante, en la exigencia legal de que haya una sentencia que declare el despido como improcedente. Pues bien, destaca que en la sentencia de despido (fundamento de Derecho tercero, párrafo tercero) consta que «no habiendo aportado [la empresa] ninguna prueba de las causas justificativas de su decisión, más allá de las meras manifestaciones vertidas en la carta de despido, debe declararse improcedente el mismo, con los efectos que luego se dirán». En definitiva, la sentencia declara el despido «improcedente» desde un punto de vista objetivo, y solo después, cuando aplica esa consideración de improcedencia objetiva a cada una de las trabajadoras (al establecer sus efectos), lo convierte en nulo –en el caso de la demandante en amparo– por imposición legal como consecuencia de su embarazo. A la vista de ello, la interpretación judicial del art. 116.2 LJS habría resultado contraria al contenido material del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, pues existiendo una declaración de improcedencia del despido en los fundamentos jurídicos de la sentencia, pudo aplicarse el citado precepto legal con la simple consideración de que estaba cumplido el requisito relativo a que la sentencia declarase su improcedencia. Por consiguiente, en virtud de lo dispuesto en el art. 8 de Ley Orgánica 3/2007 mencionada, en relación con el art. 14 CE, procedería interpretar el art. 116.2 LJS en el sentido de que si se declara en la sentencia que el despido resulta improcedente y se convierte en nulo por el solo hecho de que la trabajadora estuviese embarazada, para evitar la discriminación por razón de sexo, se debe considerar cumplido el requisito de la declaración de improcedencia del despido a los efectos de la reclamación frente al Estado.

A continuación, señala que, si bien es cierto que se propone una interpretación extensiva de la ley, no sería la primera vez que por vía interpretativa se amplían los beneficios para el trabajador despedido a supuestos que no están expresamente contemplados en la norma. En la propia sentencia del juzgado de lo social que resolvió el juicio de despido se aplicó la jurisprudencia dictada con relación al art. 110.1 b) LJS (STS 1344/2018, de 4 de abril, y las allí citadas) en la que, precisamente, se realizaba una interpretación que ampliaba el reconocimiento de los salarios de tramitación a otros casos no contemplados en la norma, a saber, no solo cuando el despido había sido calificado como nulo sino también cuando lo fuese como improcedente si no fuese posible la readmisión y la parte demandante instase que se tuviese por hecha la opción por la indemnización y que se declarase extinguida la relación laboral. Ahora bien, pese al tenor literal de la norma y siguiendo esa jurisprudencia, el juzgado de lo social declaró para todas las trabajadoras la extinción de la relación laboral porque la readmisión resultaba imposible, interpretando que el art. 110.1 b) LJS permitía que todas ellas (y no solo aquella cuyo despido se transformó en nulo por razón de su embarazo) tuvieran derecho a los salarios de tramitación, a pesar de que estos no estaban previstos para la improcedencia. Resulta poco acorde con la regulación protectora de la mujer embarazada y con el art. 14 CE, por consiguiente, que se haya hecho una interpretación muy amplia de las normas aplicables para favorecer a las trabajadoras no embarazadas, atribuyéndoles un derecho a los salarios de tramitación no previsto legalmente [art. 110.1 b)], para luego negar es misma interpretación amplia

de la ley (en este caso, del art. 116.2 LJS) a la trabajadora embarazada, convirtiendo – en su caso– una legislación prevista para su protección en una normativa que la perjudicó respecto del resto de trabajadoras.

Esta interpretación se apoya en la propia práctica del Tribunal Constitucional que, en otras ocasiones, ha hecho una interpretación de carácter similar con la finalidad de integrar en una norma supuestos no contemplados expresamente en la misma (v.gr., los supuestos analizados en las SSTC 74/1987, de 25 de mayo, y 126/2021, de 3 de junio). En consecuencia, descartando toda posibilidad de efectuar una interpretación *contra legem* (en los términos recogidos en la citada STC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 6), el Alto Tribunal –siguiendo el criterio del Ministerio Fiscal– considera que es perfectamente posible realizar una interpretación conforme de la norma compatible con el art. 14 CE en el sentido antes propuesto, es decir, entendiendo que la efectuada por las resoluciones judiciales impugnadas vulneró el derecho a la no discriminación por razón de sexo. Y en cuanto al alcance de esta declaración, precisa que la vulneración del art. 14 CE se habría producido en las tres resoluciones judiciales impugnadas, por lo que debería declararse su nulidad, pero sin acordar el importe al que debería hacer frente el Estado, cuestión que le compete a la Administración y, en su caso, a la jurisdicción ordinaria, y no a este Tribunal Constitucional.

Por todo lo anterior, interesa la estimación del recurso de amparo y el reconocimiento de la vulneración del derecho de la recurrente a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), con la consiguiente declaración de nulidad de las tres resoluciones impugnadas, retrotrayendo las actuaciones al momento previo al de la emisión de la resolución administrativa impugnada (expediente 105-2019) para que se dicte una nueva interpretando el art. 116.2 LJS de acuerdo con el art. 14 CE.

X. Apunte final

La aquí planteada es una problemática de discriminación constitucionalmente prohibida y lo que se ventila singularmente es la *tutela laboral reparadora* del despido ilegítimo del cual ha sido víctima la mujer trabajadora. Esa tutela tiene amparo constitucional dentro de la cláusula abierta antidiscriminatorio establecida en el art. 14 CE, y ello habilita para la acción de tutela, a través del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE). Las normas jurídicas aplicables –a las que aquí se ha hecho referencia– han de ser interpretadas de acuerdo con su finalidad; ella es la *ratio juris*. Dicha finalidad es comprensiva tanto de la finalidad subjetiva, en relación a las intenciones originarias de los artífices creadores de la norma, como, ante todo, de la finalidad objetiva que corresponde esencialmente a la *comprensión de la norma basada en su función*, atendiendo al momento en que fue creada y también al momento contextual dinámico de su interpretación operativa en la praxis judicial. Las normas jurídicas relativas –o que afectan– a los derechos fundamentales han de ser interpretadas conforme a las razones que corresponden a los fundamentos de su propia existencia jurídica en tanto éstos han de ser entendidos en el contexto de los valores más fundamentales del ordenamiento jurídico.

El proceso de interpretación teleológica que se plantea en esta importante sentencia no parte de la colisión insuperable entre normas jurídicas, sino por el contrario de su armonización con arreglo a la finalidad a la que sirven dichas normas controvertidas. De aquí que Tribunal Constitucional *rechace*, con contundencia, el criterio sostenido por el Abogado del Estado en el sentido de que la pretensión de la parte demandante plantea una «discriminación por indiferenciación», a cuyo través reclame el reconocimiento de una desigualdad de trato a favor del despido nulo por embarazo respecto del resto de los supuestos de nulidad, lo que no tendría amparo en el art. 14 CE. Por el contrario, la demanda formulada por la trabajadora que fue despedida en estado de embarazo no pretende que se le dispense un trato normativo desigual mediante una diferenciación entre los diversos supuestos típicos de despido nulo, sino que lo que denuncia es específicamente el trato discriminatorio por razón de sexo recibido con relación al resto de sus compañeras despedidas en idénticas circunstancias, al entender que ha sido realmente su embarazo el único motivo por el que se le cercenó la posibilidad de obtener del Estado los salarios de tramitación

reclamados. Justamente, el Alto Tribunal reprocha a los dos órganos de las jurisdicción ordinaria concernidos el que hayan resuelto el caso a través de una interpretación jurídica excesivamente formalista, desconociendo el criterio interpretativo principal consistente en la finalidad de las normas aplicables, el cual atiende, como es pertinente, a su función y al principio de tutela efectiva del derecho a la no discriminación amparado en el art. 14 de la Norma Fundamental (en este caso, se resuelve ante todo en la exigencia de tutela reparadora por vía indemnizatoria del despido, al igual que el resta de sus compañeras de trabajo que fueron objeto de despido ilegítimo).

Referencias:

1. ^ ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 33.
2. ^ Conforme al apartado 2 del art. 116 (*"Reclamación del pago de salarios de tramitación"*), *"En el supuesto de insolvencia provisional del empresario, el trabajador podrá reclamar directamente al Estado lo salarios a los que se refiere el apartado anterior, que no le hubieran sido abonados por aquél"*.
3. ^ *"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"*.
4. ^ Véase ROMANO, S.: *"Interpretación evolutiva"*, ROMANO, S.: *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, revisión y edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, pp. 145 y ss.
5. ^ *"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respecto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social"* (art. 10.1 Constitución). *Elemento fundante del sistema jurídico que subyace también en el canon hermenéutico general de apertura al sistema internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales establecido como mandato imperativo ineludible en el apartado 2 del referido art. 10 CE ("...se interpretarán de conformidad...", son los términos propios de un imperativo categórico), en relación con los artículos 93 a 96 de la Norma Fundamental.*
6. ^ Según el art. 8.2 de la CSEr, *"Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen: [...] 2 a considerar como ilegal que un empleador despidiera a una mujer durante el período comprendido entre el momento en que comunique su embarazo a su empleador y el fin de su permiso de maternidad, o en una fecha tal que el periodo de preaviso expire durante ese periodo"*.
7. ^ Conforme al art. 21.1 CDFUE, *"Se prohíbe toda discriminación y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual"*.

§ 32 La mayor representatividad y el Mecanismo RED.

Antonio V. Sempere Navarro

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

Resumen: Tanto la Ley (Estatuto de los Trabajadores) cuanto su desarrollo reglamentario (Real Decreto 608/2023) han disciplinado el llamado "Mecanismo RED" para facilitar sus ajustes de plantilla a las empresas que atravesasen problemas, pero priorizando la suspensión de los contratos de trabajo a fin de evitar los despidos. Esta nueva regulación abre las puertas a cierta participación de los sindicatos más representativos de ámbito estatal (UGT y CCOO) en la activación de las medidas y en su seguimiento: Un primer problema surge cuando un sindicato más representativo (CIG) pero de ámbito autonómico (Galicia) considera que se le está discriminando.

Palabras clave: Libertad sindical. Sindicato autonómico más representativo. Mecanismo RED.

Abstract: Both the Law (Workers' Statute) and its regulatory development (Royal Decree 608/2023) have disciplined the so-called "RED Mechanism" to make it easier for companies that are experiencing problems to adjust their workforce, but facilitating the suspension of employment contracts and cutting back layoffs. This new regulation opens the door to a certain participation of the most representative unions at the state level (UGT and CCOO) in the activation of the measures and in their monitoring. A first problem arises when a more representative trade union (CIG) but at the regional level (Galicia) considers that it is being discriminated against.

Keywords: Freedom of association. The most representative regional trade union. Mecanismo RED.

I. Introducción: el mecanismo RED

1. Génesis

Mediante Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, el legislador de urgencia asumió el contenido del Diálogo Social desarrollado en los meses precedentes^[1]. Por cuanto ahora interesa, debemos recordar que modificó el art. 47 del Estatuto de los Trabajadores (ET) a fin de flexibilizar los expedientes de regulación de empleo permitiéndoles operar como alternativa a la extinción de los contratos de trabajo.

La norma partía del balance sobre la suspensión contractual por problemas inherentes al funcionamiento de la empresa (ERTEs) que se había generalizado para afrontar las consecuencias de la pandemia. Esa experiencia mostró la importancia y la eficacia del recurso a los expedientes de regulación temporal de empleo, como

instrumento de flexibilidad interna de las empresas para el ajuste temporal de su actividad, de cara a evitar la destrucción de empleo característica de crisis anteriores^[2].

De ese modo accedió al Estatuto de los Trabajadores (ET) el artículo 47.bis, que prevé la existencia del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo como instrumento para solicitar la adopción de medidas de reducción de jornada y de suspensión de los contratos de trabajo. Se trata de una institución de carácter permanente, sedicentemente centrada en la formación y recualificación de las personas trabajadoras.

Su justificación pasa por subrayar que el intenso proceso de digitalización y cambio tecnológico exige disponer de instrumentos que acompañen la transición y recualificación de las personas trabajadoras en los sectores más afectados, con el fin de que puedan disponer de las capacidades necesarias para ocupar los puestos de trabajo de calidad que se crearán en el futuro, en sus empresas actuales o en otras empresas o ámbitos de actividad. A la vista de todo ello se creó este “mecanismo”, un instrumento de flexibilidad y estabilización del empleo que, una vez activado por el Consejo de Ministros, permite a las empresas solicitar medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos de trabajo. Cuenta con dos modalidades: cíclica (para problemas “macro”) y sectorial (para ramas de actividad con necesidades singulares).

2. Aspectos generales

La finalidad de estas medidas es plural: proteger el empleo; primar el ajuste temporal de las horas de trabajo; impulsar la estabilidad de las relaciones laborales; promover la inversión; retener el capital humano. De manera sintética, cabe afirmar lo siguiente:

- Opera como instrumento de flexibilidad y estabilización del empleo; lo activa el Consejo de Ministros.
- Las personas afectadas computan como ocupadas (DA 6ª RDL) y son prioritarias para formación.
- Se financia mediante el Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.
- La Inspección de Trabajo (ITSS) tiene acceso a los datos sobre aplicación de RED.
- La Ley General de Seguridad Social (LGSS) prevé posibles (son voluntarias) e importantes bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social si se realizan acciones formativas a cargo de la empresa^[3].
- Surge una obligación de mantenimiento del empleo (seis meses desde que acaba el ERTE) si se aplican bonificaciones^[4]; debe procederse a la devolución proporcional de tales bonificaciones si se incumple tal compromiso^[5] (DA 39ª LGSS).
- Se aplican reglas específicas de cotización (art. 153 bis LGSS).
- La protección dispensada está asimilada a la propia del desempleo (DA 41ª LGSS).
- Transcurrido un año de su activación debe llevarse a cabo una evaluación de impacto (DA 1ª RDL).

3. Subtipos

- Cíclico: ante una coyuntura macroeconómica general; posee duración máxima de un año.
- Sectorial: si en un determinado ámbito se detectan cambios permanentes con necesidades de recualificación y transición profesional; máximo un año, con dos prórrogas semestrales. Aquí es donde está prevista la intervención (promotora o consultiva de agentes sociales estatales).

4. Procedimiento

- Vigente el mecanismo, la empresa solicita ERTE (reducción jornada o suspensión) a la Autoridad Laboral y lo comunica a la representación laboral de quienes trabajan (RLT).
- Período de consultas y trámite como en art. 47 ET.
- Informe preceptivo de la ITSS (7 días).
- Es precisa la autorización de la A.L. si hubo acuerdo (acto debido); según entienda, en caso contrario.

5. Desarrollo reglamentario

Mediante posterior Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, se reguló el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo (BOE de 12 de julio de 2023), desarrollando el artículo 47 bis ET y dotando a la figura de un régimen jurídico completo, en lo que se refiere a sus diversos elementos: procedimiento para que las empresas puedan aplicar las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos, las competencias sobre su gestión, la gobernanza del mecanismo y sus garantías (protección de quienes trabajan, beneficios en la cotización a la Seguridad Social, acciones formativas, compromiso de mantenimiento del empleo, límites en materia de horas extraordinarias, contrataciones y externalizaciones), así como diversas prescripciones en materia de Seguridad Social.

II. Identificación de la resolución judicial comentada^[6]

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 679/2024, de 22 abril.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 740/2023.

ECLI:ES:TS:2024:1965.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Apenas unos días después de haberse publicado en el BOE el mencionado RD 608/2023^[7], la representación procesal de la Confederación Intersindical Galega (CIG) interpuso recurso contencioso-administrativo contra diversos apartados del mismo. Conviene atender a los términos de su petitum:

- La nulidad del inciso "a nivel estatal" del artículo 4.2.c).
- La nulidad del inciso "a nivel estatal" del artículo 30.2.c).
- El derecho de CIG a participar, con arreglo a los criterios que acuerde la Administración, en la designación de las vocalías de extracción sindical de la Comisión tripartita del Mecanismo RED sectorial y de la Comisión social de seguimiento del Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

IV. Posición de las partes

1. Confederación Intersindical Galega (CIG)

En defensa de su posición el sindicato demandante despliega una amplia argumentación, que puede reconducirse a tres líneas discursivas.

A) Recuerda el tenor de los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS), especialmente en el pasaje que permiten a los sindicatos autonómicos más representativos ejercer representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal. Precisamente, la STC 98/1985 admitió la exigencia legal de una implantación (15%) superior a la pedida en el ámbito estatal (10%) porque se les reconoce las "mismas prerrogativas" que a los sindicatos más representativos a nivel estatal.

B) El bloque de constitucionalidad integrado por el art. 28 CE y los preceptos de la LOLS no pueden ser contrariados por la regulación del mecanismo RED. Tanto el ET cuanto su desarrollo han de interpretarse de conformidad con las exigencias constitucionales y, por consiguiente, que la previsión reglamentaria de que los vocales de origen sindical en ambas comisiones pueden provenir también de sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma.

C) Aunque el art. 47.bis ET alude a "las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal" ello no excluye que los sindicatos más representativos a nivel autonómico puedan tener un vocal en la citada comisión. Su idea es que ese vocal tendría todas las atribuciones propias del cargo, salvo la de tomar parte en la solicitud de convocatoria de la Comisión Tripartita del Mecanismo RED.

2. *El Gobierno*

En la representación que ostenta, la Abogada del Estado sostiene que el modo en que está regulada la composición de ambas comisiones u órganos colegiados interministeriales a su servicio se adecúa a la finalidad buscada por el art. 47.bis ET, sirviendo al interés general y a la eficiencia administrativa.

Además, puesto que no se cuestiona la constitucionalidad del precepto (conforme al cual las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal pueden solicitar la convocatoria de la Comisión Tripartita del Mecanismo RED), sostiene que la pretensión de la recurrente (consistente en que en la Comisión Tripartita del Mecanismo RED pueda haber un vocal que no participa en su única atribución sustantiva) carece de sentido.

V. Normativa aplicable al caso

Como queda expuesto, el entramado normativo relevante está constituido por preceptos presentes en cuatro cuerpos normativos, aunque sin especial complejidad.

1. *Constitución Española*

El artículo 28.1 CE, en su parte final, prescribe que *La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas.*

2. *Ley Orgánica de Libertad Sindical*

El artículo 7.1 LOLS posee el siguiente contenido:

Tendrán la consideración de sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma: a) Los sindicatos de dicho ámbito que acrediten en el mismo una especial audiencia expresada en la obtención de, al menos, el 15 por 100 de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa, y en los órganos correspondientes de las Administraciones públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal; b) los sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito de Comunidad Autónoma que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a).

Estas organizaciones gozarán de capacidad representativa para ejercer en el ámbito específico de la Comunidad Autónoma las funciones y facultades enumeradas en el número 3 del artículo anterior, así como la capacidad para ostentar representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal.

3. Estatuto de los Trabajadores

El artículo 47.bis ET (*"Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo"*) dispone lo siguiente en su apartado 2^[8]:

La activación del Mecanismo se realizará a propuesta conjunta de las personas titulares de los Ministerios de Trabajo y Economía Social, de Asuntos Económicos y Transformación Digital, y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

En el ámbito de la modalidad sectorial, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal podrán solicitar a los Ministerios referidos la convocatoria de la Comisión tripartita del Mecanismo RED. Esta Comisión deberá reunirse en el plazo de quince días desde dicha solicitud y analizará la existencia de los cambios referidos en el apartado 1.b), así como la necesidad, en su caso, de elevar una solicitud de activación del Mecanismo RED sectorial al Consejo de Ministros.

En todo caso, con carácter previo a su elevación al Consejo de Ministros, resultará imprescindible informar a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal.

La decisión y las consideraciones que se incorporen al Acuerdo del Consejo de Ministros no serán por sí mismas causas para la adopción en el ámbito empresarial de las medidas previstas en esta norma en relación con el empleo o las condiciones de trabajo.

4. Real Decreto 608/2023

El RD 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo es la norma parcialmente impugnada. Veamos su contenido.

A) El Capítulo I desarrolla el funcionamiento general del Mecanismo RED, indicando su objeto (artículo 1), modalidades (artículo 2) y medidas aplicables (artículo 3), así como configurando la Comisión Tripartita que ha de servir de instrumento participativo de seguimiento del funcionamiento del mecanismo sectorial (artículo 4).

El artículo 2 regula las *"Modalidades y activación del Mecanismo RED"* y dispone: "1. El Mecanismo RED podrá ser activado en las modalidades cíclica y sectorial previstas en el artículo 47.bis.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en los supuestos descritos en el mismo. 2. La activación del Mecanismo RED se realizará por acuerdo del Consejo de Ministros, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 bis.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y previa información a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal, [...]".

El artículo 4 regula la *"Comisión Tripartita del Mecanismo RED sectorial"* y, después de definirla, establece: "2. Las personas que componen la Comisión tripartita del Mecanismo RED sectorial se designarán conforme a los siguientes criterios: c) Cuatro vocalías designadas por la persona titular del Ministerio de Trabajo y Economía Social a propuesta de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal.".

B) El Capítulo IV establece el régimen jurídico y de funcionamiento del Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, F.C.P.J.

En su artículo 30 se regula la “Comisión Social de Seguimiento del Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, F.C.P.J.”, y, después de definirla, establece: “2. Las personas que componen la Comisión Social de Seguimiento del Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, F.C.P.J. se designarán por el Comité de Gestión, conforme a los siguientes criterios: c) Cuatro Vocalías designadas por la persona titular del Ministerio de Trabajo y Economía Social a propuesta de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal.”.

C) La disposición final tercera, dedicada a la Modificación del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, en su punto siete, introduce una nueva disposición adicional sexta referida a la “*Obligación de notificación previa en los supuestos de cierre*” y que tiene este contenido:

“1. Las empresas que pretendan proceder al cierre de uno o varios centros de trabajo, cuando ello suponga el cese definitivo de la actividad y el despido de cincuenta o más personas trabajadoras, deberán notificarlo a la autoridad laboral competente por razón del territorio y al Ministerio de Trabajo y Economía Social, a través de la Dirección General de Trabajo.

[...]

2. Dichas empresas remitirán copia de la notificación a la que se refiere el apartado anterior a las organizaciones sindicales más representativas y a las representativas del sector al que pertenezca la empresa, tanto a nivel estatal como de la comunidad autónoma donde se ubiquen el centro o centros de trabajo que se pretenden cerrar.”.

VI. Doctrina básica

La STS-CONT 679/2024 desestima el recurso contencioso por entender que no se cuestiona la constitucionalidad del artículo 47.bis ET y que el RD 608/2023 se ajusta a sus previsiones. Además de descartarse la discordancia entre ambas normas (*ultra vires*), entiende que condición de mayor representatividad disciplinada por la LOLS tampoco obliga a acceder a la pretensión de la CIG.

1. Sintonía entre la Ley (ET) y su desarrollo (RD 608/2023)

No existe contradicción entre el ET y su desarrollo. Es más, dicho precepto legal relaciona la Comisión tripartita del Mecanismo RED (cuya composición omite) con la legitimación de “las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal” para solicitar a los Ministerios competentes su convocatoria.

La norma no exige que sus vocales de origen sindical hayan de provenir, necesariamente, de sindicatos más representativos a nivel estatal. Pero un vocal procedente de un sindicato más representativo a nivel autonómico no podría tomar parte en la principal función de la Comisión Tripartita del Mecanismo RED.

De aquí que haya de concluirse, como señala la Abogada del Estado, que la pretensión de la recurrente no es razonable, porque conduciría a que en la mencionada comisión hubiera miembros de primera y miembros de segunda categoría.

2. Constitucionalidad del artículo 47. bis ET

Si no hay *ultra vires* en el RD 608/2023 respecto de los sindicatos autonómicos más representativos, el único modo de combatir la exigencia de que los vocales de origen sindical provengan de sindicatos más representativos a nivel estatal sería cuestionar la constitucionalidad del propio art. 47.bis ET.

Pero la CIG afirma claramente que no es esa su posición. Tampoco la Sala de lo Contencioso considera que dicho precepto legal sea inconstitucional por reservar

determinada función a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal.

3. La capacidad representativa no concede el derecho automático

La previsión del art. 7º LOLS respecto de que los sindicatos autonómicos pueden "ostentar representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal" era invocada por la CIG.

Pero tal posibilidad no significa que sea legalmente obligatorio que en todo órgano estatal en que haya representación institucional de los sindicatos más representativos deban estar presentes los sindicatos más representativos a nivel autonómico. Los arts. 6 y 7 LOLS hablan de tener "capacidad", no de tener "derecho". Y la capacidad no es la atribución de facultades, sino la idoneidad para ostentarlas. Esto último -es decir, ostentar facultades determinadas- depende de la norma reguladora de cada organismo o de cada actividad, debiendo tenerse presente que el ámbito normal -aunque, como se acaba de ver, no forzosamente exclusivo- de los sindicatos más representativos a nivel autonómico es el de su correspondiente Comunidad Autónoma.

El concepto de "participación institucional", en cuanto integración sindical en los procedimientos de toma de decisiones trascendentes por parte de la Administración permite abarcar en él la participación sindical en las dos Comisiones referidas^[9].

4. Participación institucional en el Mecanismo RED^[10]

La Comisión Tripartita del Mecanismo Red es instrumento participativo y de seguimiento; analiza los *"cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras, con una duración máxima inicial de un año y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una"*. La Comisión Social de Seguimiento del Fondo RED valora las medidas recogidas en este y su impacto en la evolución de la actividad económica y el empleo, así como el seguimiento y análisis de la financiación efectiva del Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

Que la participación sindical se reduzca en los términos expuestos aparece como proporcionado y útil para asegurar un funcionamiento ágil (evitando una excesiva), sin que lesione anticipadamente ni impida la acción de los demás sindicatos cuando participen en el proceso de adopción de las medidas concretas.

VII. Parte dispositiva^[11]

Como consecuencia de los razonamientos desenvueltos, contrarios a la argumentación del recurso de CIG, la sentencia acuerda *Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Confederación Intersindical Galega contra el Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se regula el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo (BOE de 12 de julio de 2023), con imposición de las costas a la recurrente hasta un máximo de 4.000 euros; por todos los conceptos.*

VIII. Pasajes decisivos

El tramo final del Fundamento de Derecho Quinto contiene la conclusión: que el Real Decreto 608/2023, en sintonía con el art. 47 bis del Estatuto de los Trabajadores, haya reservado solo a los sindicatos más representativos a nivel estatal participar en dos comisiones insertas en la Administración del Estado no puede tacharse de extravagante, ni por supuesto de atentatorio contra el referido art. 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

IX. Comentario

Dada la materia que aborda la Sal Tercera del Supremo, la mejor manera de enmarcarla y concordarla es la de traer a colación diversos criterios que la

jurisprudencia constitucional ha ido sentando acerca de la validez y límites sobre la mayor representatividad^[12].

1. Relevancia de los sindicatos y de su libre acción

La Constitución ha consagrado al sindicato como un elemento clave dentro de la configuración de nuestro Estado como Estado social y democrático de derecho (art. 1.1 CE), al incluir su reconocimiento en el art. 7 del título preliminar. Ello realza la consideración del sindicato como uno de los soportes institucionales básicos de la sociedad para la defensa, protección y promoción de los intereses colectivos de los trabajadores. De ahí su carácter de piezas económicas y sociales indispensables para la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores^[13], apareciendo como organismos básicos del sistema político^[14], formaciones sociales con relevancia constitucional^[15], o instituciones esenciales del sistema constitucional español^[16].

La libertad sindical incluye, como contenido esencial, el derecho a que los sindicatos fundados realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer, es decir, a que las organizaciones sindicales libremente creadas desempeñen el papel y las funciones que a los sindicatos de trabajadores atribuye el art. 7 de la Constitución^[17].

La libertad sindical implica pues la libertad en el ejercicio de la acción sindical, esto es, de aquellos medios de acción que contribuyan a que el sindicato pueda desenvolver la actividad a la que está llamado en el propio texto constitucional^[18].

2. Igualdad de trato y promoción sindical

El problema acometido en el caso de referencia tiene como trasfondo la necesidad de que la actuación estatal en relación con las organizaciones sindicales respete la libertad sindical, que comprende tanto el derecho a la no injerencia o intromisión de los poderes públicos en su actividad, como el derecho a no ser discriminados entre sí por parte de tales poderes públicos, de modo arbitrario o irrazonable^[19].

Y es que la existencia de un trato discriminatorio entre organizaciones sindicales puede resultar contraria a los arts. 28.1 CE y 14 CE, preceptos que deben ser examinados, a estos efectos, de manera conjunta^[20].

Ahora bien, un tratamiento plenamente igualitario de los sindicatos podría comprometer el ejercicio efectivo de las funciones de relevancia constitucional que el art. 7 CE encomienda a estas organizaciones. Existe, así, dentro del propio texto constitucional, una tensión entre la exigencia de igualdad de trato a los sindicatos derivada de los arts. 14 y 28 CE y el principio de promoción del hecho sindical. La doctrina constitucional llega a sostener que nos encontramos ante dos principios derivados del texto constitucional, cuya compatibilidad es preciso garantizar: en primer lugar, el de libertad sindical e igualdad de trato de los sindicatos, derivado del art. 28.1 de la Constitución (en relación con el 14); en segundo, el de promoción del hecho sindical, que enlaza con el art. 7 de la Constitución y sería obstaculizado por una defensa a ultranza del primero. En la tensión entre estos principios, el problema obviamente es de límites, [...] en relación con la más eficaz defensa de los intereses de los trabajadores, que se vería perjudicada por una atomización sindical^[21].

3. El concepto de mayor representatividad

El concepto legal de mayor representatividad es una manifestación de la "legislación de apoyo" al hecho sindical que se deriva del compromiso de los poderes públicos con la igualdad sustancial (art. 9.2 CE). Y se concreta en la capacidad del sindicato que reúne la singular posición jurídica de la mayor representatividad de colaborar en el desarrollo de proyectos de regulación y gestión de las relaciones laborales que tutelen el trabajo asalariado, lo que acomete con los medios de acción

colectiva que el ordenamiento pone a disposición del sindicato para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios (art. 7 CE).

Uno de los criterios válidos para establecer un trato diferencial entre sindicatos sin merma de los derechos reconocidos en los arts. 14 y 28 CE es el de la mayor representatividad. Porque arranca de un dato objetivo, como es la voluntad de los trabajadores y funcionarios expresada en las elecciones a órganos de representación, y porque la promoción del hecho sindical y la eficaz y efectiva defensa y promoción de los intereses de los trabajadores (art. 7 CE), finalidades también necesitadas de atención, pueden malograrse por una excesiva atomización sindical y la atribución de un carácter absoluto al principio de igualdad de trato y del libre e igual disfrute del derecho reconocido en el art. 28.1 CE^[22].

La opción de mayor representatividad trasciende así la noción de representación voluntaria ligada al hecho asociativo, para asumir un rol institucional, como representación colectiva del conjunto de trabajadores de todas las ramas y territorios, sobre la base del dato objetivo de la audiencia electoral, el consenso mayoritario sobre determinadas opciones sindicales que certifica el voto de los trabajadores, afiliados o no a estas centrales sindicales, merced al cual se haya conseguido superar al menos el 10 por 100 de los miembros de comités de empresa y delegados de personal y de las juntas de personal en el empleo público elegidos a nivel estatal o autonómico (art. 6 y 7 LOLS)^[23].

La representatividad (*rectius*, audiencia electoral) se admite como válido criterio para establecer diferencias de tratamiento legal entre diferentes sindicatos, concediendo determinadas ventajas o prerrogativas a quien la haya alcanzado en mayor medida. En estos casos lo que interesa es conocer las razones por las la condición de “más representativo” se concede a unos sujetos y no a otros. La objetividad del parámetro diferenciador es la que viene controlándose al efecto, y la regulación de la LOLS aparece como favorablemente valorada.

4. Necesario acotamiento funcional de la mayor representatividad

La necesidad de conciliar la igualdad de trato de los sindicatos con la necesaria “promoción del hecho sindical”, evitando una “atomización” que impida el eficaz ejercicio de las funciones de relevancia constitucional encomendadas a los sindicatos en el art. 7 CE, determina, en definitiva, en nuestra doctrina, que el legislador pueda establecer diferencias de trato entre sindicatos siempre que estén basadas en criterios objetivos y razonables. Por ello, el derecho de las organizaciones sindicales a no ser tratadas de forma discriminatoria por los poderes públicos se vulnera cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, lo que debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de adecuación entre los medios empleados y la finalidad perseguida^[24].

Como tantas veces se ha explicado, las diferencias de trato entre los sindicatos tienen que cumplir con los requisitos de objetividad, adecuación y razonabilidad. Cuando solo los sindicatos más representativos asumen determinada competencia resulta obligado examinar si nos encontramos en el terreno de la representación institucional. La respuesta positiva, claro está, avala la inicial validez de la restricción. Y viceversa.

5. Tipología

En coherencia con el origen del concepto de representatividad, consignado en el art. 3.5 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el criterio de la mayor representatividad se ha considerado objetivo y razonable para establecer la participación de los representantes de los trabajadores en los organismos internacionales y desarrollar tareas de representación institucional^[25].

También se ha estimado como un criterio válido para constatar la significación de las organizaciones que aspiren a desarrollar actividades que produzcan efectos más allá de sus afiliados, como la negociación colectiva de eficacia general^[26].

Otras facultades de las organizaciones más representativas han sido también validadas: promover elecciones sindicales^[27]; acceder a excedencia forzosa quienes desempeñen cargos en tales organizaciones^[28]; contar con delegados sindicales en determinadas condiciones^[29].

El criterio de mayor representatividad no resulta admisible, sin embargo, allí donde su utilización puede acabar afectando desproporcionadamente al núcleo esencial de la libertad sindical. Caso paradigmático de ello es el de la concesión de subvenciones para fines generales de todos los sindicatos^[30]. Pese a ello, si las subvenciones van ligadas a la realización de concretos programas o actividades, también cabría un trato más favorable para las organizaciones sindicales más representativas en función de la real existencia de una mayor o menor carga organizativa necesaria para una eficaz puesta en marcha.

6. La participación institucional como contenido adicional de la libertad sindical

Los sindicatos pueden recibir del legislador más facultades y derechos que engrosan el núcleo esencial del art. 28.1 de la Constitución y que no contradicen el texto constitucional. Es lo que se dio en denominar contenido adicional^[31].

Manifestación prototípica de esta clase es el derecho a la participación institucional, pues la participación en la actividad de organismos públicos es creación de la ley en sentido amplio y a ella sola debe ser remitida^[32].

Ahora bien, la Ley no es por completo libre de circunscribir esta función al sindicato con mayor representatividad. En cada caso hay que relacionarla con la naturaleza pública del ente que tiene atribuida la correspondiente competencia. La LOLS reconoce a los sindicatos que tengan la consideración de más representativos la capacidad para 'ostentar representación institucional ante las administraciones públicas u otras entidades u organismo de carácter estatal o de comunidad autónoma que la tengan prevista' (art. 6.3 a). Existe una estrecha vinculación entre la participación prevista en el art. 129 CE y la estructura organizativa de la administración pública, o de 'entidades' y 'organismos' de naturaleza pública que se califican por su naturaleza y su adscripción orgánica, y no tanto por la mayor o menor transcendencia que puedan tener^[33].

X. Apunte final

Una vez más la Sala Tercera del Tribunal Supremo procura alinear su solución con los criterios de la jurisprudencia constitucional o social. De hecho, la STS-CONT 679/2024 se esfuerza por examinar los preceptos cuestionados desde la perspectiva de la libertad sindical (art. 28.2 CE) y solo su convicción de que el artículo 47.bis ET respeta su contenido esencial (sin incurrir en discriminación respecto de CIG) explica su desestimación del recurso contencioso.

Referencias:

1. ^ Además, el RDL daba cumplimiento a parte de los compromisos recogidos en el Componente 23 («Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo») del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 de abril de 2021, concretamente el

compromiso incluido en la Reforma 6, orientada al establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad y estabilización del empleo.

2. [^] La eficacia y eficiencia de este mecanismo de flexibilidad interna (es verdad que con grandes aportaciones de dinero público) se tomó como modelo para instaurar una regulación permanente, que garantice un marco de flexibilidad ante fluctuaciones de la demanda, alternativo a la alta temporalidad y a la elevada oscilación del empleo y que contribuya a la estabilidad laboral y económica, con un fuerte apoyo a la formación y recualificación de las personas trabajadoras, invirtiendo, así, en el capital humano del país, sobre la base de beneficios en la cotización a la Seguridad Social.
3. [^] Al ERTE del mecanismo RED en su modalidad cíclica: 1º) El 6%, desde la fecha en que se produzca la activación, por acuerdo del Consejo de Ministros, hasta el último día del cuarto mes posterior a dicha fecha de activación. 2º) El 30%, durante los cuatro meses inmediatamente siguientes a la terminación del plazo al que se refiere el párrafo 1.º anterior. 3º) El 20%, durante los cuatro meses inmediatamente siguientes a la terminación del plazo al que se refiere el párrafo 2.º anterior. Al ERTE del mecanismo RED en su modalidad sectorial: el 40%. Estas exenciones resultarán de aplicación exclusivamente en el caso de que las empresas desarrollen las acciones formativas.
4. [^] Debe mantenerse el empleo de las personas trabajadoras afectadas durante los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del expediente de regulación temporal de empleo. Pero no se considera incumplido este compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. Tampoco por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo. En particular, en el caso de contratos temporales, no se entenderá incumplido este requisito cuando el contrato se haya formalizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y se extinga por finalización de su causa, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.
5. [^] Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias de la Seguridad Social.
6. [^] Corre paralelo el comentario a la STS 677/2024 de 22 abril, dictada por la misma Sección Cuarta de la Sala tercera del Tribunal Supremo (rec. 752/2023), siendo Ponente D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.
7. [^] Conforme al artículo 46.1 LJCA el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso.
8. [^] El apartado 6 contempla la constitución del Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.
9. [^] Se trata de órganos colegiados interministeriales que se adscriben al Ministerio de Trabajo y Economía Social, cuyo funcionamiento se ajustará a lo dispuesto en los artículos 15 a 22 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. El artículo 21.3 de esta Ley admite

- que puedan formar parte de este tipo de órganos colegiados organizaciones representativas de intereses sociales.
10. [^] En este tema la STS 677/2024 es la que desarrolla los aspectos expuestos.
 11. [^] La STS-CONT 677/2024 sí que estima parcialmente el recurso de USO, anulando el apartado 2 de la DA Sexta del RD 1483/2012, de 29 de octubre, introducido por la DF Tercera.Siete del RD 608/2023, en cuanto excluye de los destinatarios de la copia de la notificación a los sindicatos con representación en la empresa solicitante de las medidas de cierre.
 12. [^] La STC 63/2024 de 10 abril aplica la jurisprudencia preexistente a la regulación de la Ley 30/2015, sobre Formación Profesional para el Empleo.
 13. [^] Doctrina constitucional reiterada a partir de la STC 70/1982 de 29 noviembre.
 14. [^] En tal sentido, ya la STC 11/1981 de 8 abril.
 15. [^] Así lo afirmó la STC 18/1984 de 7 febrero.
 16. [^] SSTC 101/1996 de 11 junio y 8/2015 de 22 enero.
 17. [^] En tal sentido, por todas, SSTC 70/1982 de 29 noviembre y 60/1998 de 16 marzo.
 18. [^] STC 30/1992 de 18 marzo.
 19. [^] SSTC 147/2001 de 27 junio y 118/2012 de 4 junio, FJ 4.
 20. [^] SSTC 65/1982 de 10 noviembre y 118/2012, entre otras muchas.
 21. [^] Por todas, STC 98/1985 de 29 julio.
 22. [^] Por todas, STC 147/2001.
 23. [^] Es por ello por lo que "la promoción de un cierto modelo sindical, en que se potencie la existencia de sindicatos fuertes, en contraposición a un sistema de atomización, puede ser una finalidad legítima desde el punto de vista del art. 14 CE, así como desde el punto de vista del art. 7 CE, por garantizar una más incisiva acción de los sindicatos para el cumplimiento de sus fines. Es concorde esta finalidad con valores que la propia Constitución ha consagrado y, por tanto, puede ser legítimo introducir diferencias de trato por esa causa, siempre que no sea desproporcionado el resultado por restringir el núcleo esencial de la libertad sindical, o por entorpecer en exceso el libre funcionamiento de los sindicatos, sometiéndolos a trabas o a controles" (STC 75/1992 de 14 mayo).
 24. [^] STC 20/1985 de 14 febrero.
 25. [^] SSTC 53/1982 de 22 julio y 65/1982 de 10 noviembre.
 26. [^] SSTC 73/1984 de 27 junio y 98/1985 de 29 julio.
 27. [^] STC 164/1993 de 18 mayo,
 28. [^] STC 263/1994 de 3 octubre,
 29. [^] STC 188/1995 de 18 diciembre.
 30. [^] STC 26/1985 de 22 febrero.
 31. [^] En este sentido, STC 39/1986 de 31 marzo.
 32. [^] La participación institucional constituye un derecho o facultad adicional, que los sindicatos pueden recibir del legislador, sin ser parte del núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical pero que engrosa su núcleo esencial (STC 39/1986 de 31 marzo).
 33. [^] STC 39/1986 de 31 marzo.

- § 33 La realización de funciones de superior categoría en el sector público durante largos períodos de tiempo no conlleva el reconocimiento de la pertinente clasificación profesional.**

Susana Rodríguez Escanciano

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

Resumen: La posibilidad de que un recurso de casación admitido inicialmente a trámite finalice con una resolución mediante la cual se concluye que concurre una causa de inadmisión por falta de identidad entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste es acorde con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Bajo tal premisa, se mantiene la doctrina de suplicación que niega el derecho a la clasificación profesional en categoría superior a una trabajadora que venía realizando tales funciones durante un largo período de tiempo.

Palabras clave: Clasificación profesional. Ascenso. Funciones de categoría superior. Diferencias retributivas. Falta de identidad casacional.

Abstract: The possibility that a cassation appeal initially admitted may end with a decision concluding that there is a reason for inadmissibility due to a difference between the judgement appealed against and the contrasting judgement is in agreement with the jurisprudence of the Supreme Court. Under this premise, it is accepted the doctrine of the appeal, which denies the right to professional classification in a higher category to a woman worker who had been carrying out such functions for a long period of time.

Keywords: Job classification. Career advancement. Higher grade functions. Salary differentials. Absence of jurisdictional identity.

I. Introducción

No hace falta realizar un acopio ingente de materiales para constatar que la situación de las mujeres en el mercado de trabajo viene caracterizada por la persistencia de discriminaciones, que traen consigo un empeoramiento de sus condiciones laborales y mayores dificultades para acceder a la formación, para encontrar y mantener un empleo y para el desarrollo de sus carreras profesionales. La mujer no sólo se incorpora al mercado laboral en menor medida que los hombres, sino que cuando lo hace trabaja menos horas y durante menos años, concentrándose en determinadas ocupaciones escasamente remuneradas carentes de posibilidades de promoción. La preterición laboral de las mujeres es, pues, un hecho incontrovertible.

Muestra señera de tal déficit puede encontrarse como preclaro exponente cuantitativo en la divergencia de las retribuciones económicas, que, pese a ser un principio y un derecho, sigue constituyendo uno de los más importantes escollos sufridos por las mujeres en el ámbito laboral, precisamente en uno de los frentes que

más se aproximan a sus necesidades vitales. Es una realidad incuestionable que en el momento presente las retribuciones de las mujeres son más reducidas que las de los hombres y la presencia de éstas es inferior en las ocupaciones cuya remuneración es alta.

En efecto, los rasgos propios del trabajo por cuenta ajena habitualmente desplegado por las féminas siguen estando marcados por su ocupación en sectores u oficios de menor montante pecuniario. Al tiempo, a medida que se asciende a los niveles superiores en el organigrama de una empresa, la proporción de mujeres y hombres va progresivamente alterándose en perjuicio de las féminas. Esta segregación vertical no sólo incide en las menores posibilidades de promoción profesional, sino que tiene un correlato directo en materia salarial, habida cuenta que el ascenso en los escalafones lleva aparejado el reconocimiento de determinados pluses o complementos. Una incorrecta clasificación profesional puede ser, a la postre, el germen de una situación discriminatoria ante la atribución de una categoría inferior que no se corresponde con las funciones superiores realmente desempeñadas.

Tal y como se deduce de la sentencia objeto de comentario, el sector público tampoco es ajeno a supuestos de clasificaciones profesionales peyorativas para las mujeres. La solución reparadora a tales pretericiones no es fácil, pues confluye la aplicación de dos sectores del ordenamiento jurídico (el laboral y el administrativo), máxime cuando en el marco de las Administraciones Públicas no cabe el principio de promoción automática por el desarrollo previo de funciones superiores durante un dilatado período de tiempo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 352/2024, de 23 de febrero.

Tipo y número recurso: RCUd núm. 4168/2021.

ECLI:ES:TS:2024:1065

Fuente: CENDOJ

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El debate litigioso, resuelto en casación para unificación de la doctrina, radica en dilucidar si la actora, que había sido contratada por un Ayuntamiento para prestar servicios como auxiliar administrativa, tiene derecho a la categoría superior de administrativa.

Los hechos probados pueden resumirse en los siguientes extremos:

1.- La demandante comenzó a prestar servicios para el Ayuntamiento como cuidadora auxiliar el 8 de octubre de 2005, primero en virtud de un contrato de obra o servicio determinado, a partir de mayo de 2007 como indefinida.

2.- Desde el año 2006, la actora realiza funciones administrativas en distintas concejalías del Ayuntamiento.

3.- Desde octubre de 2011 está adscrita al Servicio Jurídico Municipal y viene realizando desde el principio tareas propias de administrativa.

4.- La trabajadora dispone del título oficial de técnico superior de secretariado (FP II).

5.- En mayo de 2016 la trabajadora presenta demanda, a la que acompaña Informe emitido por el Comité de Empresa; asimismo la Inspección de Trabajo (a requerimiento del Juzgado) ha emitido su informe.

6.- La Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid de 18 de diciembre de 2017 estima la demanda en materia de clasificación profesional aplicando el art. 39.2 ET y el art. 14 del Convenio Colectivo del Ayuntamiento. Reconoce además la procedencia de la reclamación de cantidad de 25.007,99 euros, correspondiente a diferencias salariales entre categorías por el periodo de enero de 2015 a diciembre de 2017. Argumenta que, habiendo desempeñado la trabajadora funciones administrativas ininterrumpidamente desde el año 2011 en el servicio jurídico municipal, debe reconocerse la categoría reclamada, sin que impida el ascenso el hecho de no existir relación de puestos de trabajo, no en vano la demandante lleva realizando funciones administrativas desde el año 2006.

7.- La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 6 de octubre de 2021, estima en parte el recurso de suplicación formulado por el Ayuntamiento, revocando parcialmente el pronunciamiento de instancia en cuanto al reconocimiento de la categoría de administrativa reclamada y manteniendo la condena al abono de la cantidad reseñada. La Sala de Suplicación considera que es cierta la realización de funciones de superior categoría, pero entiende que la trabajadora no ha acreditado los requisitos de mérito y capacidad exigidos por el art. 103 CE para el acceso a la misma. Añade que en ningún caso podría adjudicarse a la actora un puesto de trabajo de superior categoría sin haberlo ofrecido previamente el Ayuntamiento en concurso público, con sometimiento a los principios de mérito y capacidad, y sin haberlo ganado en condiciones de igualdad con los demás posibles participantes, no bastando nunca el mero desempeño de funciones que pudieran pertenecer a un grupo profesional más elevado, porque ello supondría un claro fraude de ley y la vulneración de los citados principios constitucionales. En consecuencia, una asignación de funciones de categoría superior no puede servir para la adquisición de una superior categoría, sin pasar por el proceso de selección correspondiente, sin perjuicio de que se retribuya a la trabajadora por el trabajo realmente llevado a cabo.

8.- La actora formula recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la Sentencia de suplicación indicada.

IV. Posición de las partes

La actora pretende el reconocimiento de su clasificación profesional como administrativa desde el año 2006 y las pertinentes diferencias salariales por los años no prescritos. Argumenta que los principios de igualdad, mérito y capacidad sólo enmarcan el acceso a la función pública, debiendo estar a la legislación laboral para fijar la clasificación profesional.

El Ayuntamiento alega la falta de identidad de la Sentencia de contraste para admitir la contradicción exigida en el recurso de suplicación.

V. Normativa aplicable al caso

Tres preceptos han sido aplicados en el presente supuesto:

--Art. 39.2 ET, en virtud del cual "en el caso de encomienda de funciones superiores a las del grupo profesional por un periodo superior a seis meses durante un año u ocho durante dos años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente. Estas acciones serán acumulables. Contra la negativa de la empresa, y previo informe del comité o, en su caso, de los delegados de personal, el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción social".

--Art. 14 Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Valdemoro, conforme al cual "los trabajadores/as que realicen funciones de categoría superior a la suya, percibirán la retribución correspondiente a la categoría superior durante el tiempo que realicen la mencionada función; reconociéndose la categoría superior que esté desempeñando al año de estar realizando dichos trabajos, salvo en casos de traslado por petición voluntaria del trabajador por imposibilidad de desempeño de su trabajo habitual. Para la realización del cambio de categoría será condición imprescindible que el departamento al que pertenece tenga desarrollado su estudio organizativo, en el que se incluirá el organigrama y la descripción de funciones y tareas de cada trabajador".

--Art. 219 LRJS, conforme al cual "el recurso (de casación para unificación de doctrina) tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos".

VI. Doctrina básica

La posibilidad de que un recurso de casación admitido inicialmente a trámite finalice con una resolución mediante la cual se concluye que concurre una causa de inadmisión por falta de identidad entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste es acorde con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, el Alto Tribunal recuerda que cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (por todas, SSTs 1036/2016 de 2 diciembre; 107/2017 de 8 febrero; 123/2017 de 14 febrero; 346/2017, de 25 abril; 434/2017 de 16 mayo). Se trata, además, de una consecuencia que no puede considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva.

Con arreglo a reiterada jurisprudencia constitucional, "la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos" (por todas, SSTCo 32/2002, de 11 de febrero y 200/2012, de 12 de noviembre).

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina; declara firme la sentencia nº 823/2021, dictada el 6 de octubre por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación nº 268/2018, formulado contra la sentencia nº 507/2017 del Juzgado de lo Social nº 40 de Madrid, de fecha 18 de diciembre; y no impone condena en costas.

VIII. Pasajes decisivos

El Tribunal Supremo entra a valorar la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada en contraste. Recuerda que el art. 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial aportada como de contraste. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

La parte actora invoca como sentencia de contraste la STSJ Madrid de 7 de febrero de 2019 (rec. 293/2018), recaída en un procedimiento de clasificación

profesional y de reclamación de las diferencias salariales por realización de funciones de categoría superior. En ese caso, la trabajadora presta servicios para el mismo Ayuntamiento, con la categoría de monitora de gimnasia y pretende que se le reconozca la categoría de administrativa (GP3), lo que es estimado íntegramente en la sentencia de instancia, considerando que la trabajadora, con antigüedad en la empresa desde 1 de octubre de 1997, sufre un erróneo encuadramiento desde su contrato indefinido celebrado en el año 2002, pues desde esta anualidad completaba sus funciones de monitora de gimnasia con las de administrativa. La Sala de Suplicación resuelve el recurso del Ayuntamiento en sentido desestimatorio, razonando que las funciones de la parte actora encajan en la categoría superior reclamada, de forma que procede la adecuación (no ascenso) como administrativa desde la celebración del contrato indefinido a jornada completa celebrado el 1 de octubre de 2002.

El Tribunal Supremo considera que resultan innegables las similitudes entre las resoluciones judiciales aludidas. Se trata en ambos casos de personal al servicio del mismo Ayuntamiento demandado, que solicita el reconocimiento de categoría superior a la formalmente ostentada y con invocación relativa a la prevalencia de las funciones realizadas. El convenio colectivo aplicado, por tanto, es el mismo. Y los fallos son contradictorios.

Bajo tal argumentación, en un inicio, el recurso de admitió a trámite. Sin embargo, la Sala cuarta entiende conveniente realizar una reflexión más detenida sobre los relatos fácticos de ambas sentencias.

Por un lado, en la sentencia de suplicación recurrida se hace constar que la trabajadora ha mantenido relación laboral con el Ente local demandado por medio de diversos contratos de temporales, con una antigüedad reconocida desde el 8 de octubre de 2005, con la categoría profesional de cuidadora auxiliar, pasando a ejercer funciones superiores, propias de administrativa desde diciembre de 2006, cuando aún estaba bajo la vigencia de contrato temporal, convertido en indefinido desde el 1 de mayo de 2007. Desde diciembre de 2006, y al menos hasta el momento de la vista, ha seguido realizando funciones de administrativa.

Por otro lado, en la sentencia de contraste el ejercicio de funciones superiores se produce desde el momento que su contrato es indefinido a jornada completa -1 de octubre de 2002-, y no en ninguno de los contratos anteriores, estando ante una cuestión de clasificación profesional del art. 22 ET, confirmando la sentencia de referencia la decisión de la instancia, al considerar que sí resulta acreditada la realización de funciones de administrativa desde el inicio del contrato de fecha 1 de octubre de 2002 y, por tanto, ésta debe ser su categoría profesional.

La diferencia entre uno y otro pronunciamiento judicial estriba, por tanto, en el siguiente extremo: en la sentencia recurrida el desarrollo de funciones superiores se inicia cuando la trabajadora prestaba servicios a término mientras en la sentencia de contraste tal desajuste en la clasificación profesional se produce cuando la trabajadora ya era fija. En consecuencia, en el primer caso, se aplicaría el art. 39.2 ET, y, en el segundo, por el contrario, habría que recurrir al art. 22 ET.

En efecto, volviendo a la sentencia recurrida, lo cierto es que la encomienda de funciones superiores se realiza vigente una contratación temporal, que se mantiene cuando se convierte en indefinida, no discutiéndose que se realizan esas funciones superiores, sino que se trataría de un ascenso por movilidad funcional -regulada en los arts. 39.2 ET y 14 del Convenio aplicable- que se habría hecho sin la oferta pública preceptiva previa del Ayuntamiento, conculcando, por tanto, los requisitos de capacidad, mérito e igualdad - arts. 103.3 CE, 10 y 11 de la misma norma convencional-.

Entiende, por ende, el Tribunal Supremo que procede desestimar el recurso interpuesto por la parte actora, dado que los problemas abordados han sido diversos,

así como es heterogénea la realidad funcional sobre la que se ha reclamado en cada caso.

IX. Comentario

Pese a que el principio de la igualdad en el trabajo por razón de sexo ha intentado proyectarse como idea-fuerza desde las normas internacionales y europeas hasta el texto constitucional, pasando por la legislación laboral de desarrollo, la realidad de los hechos demuestra con claridad meridiana que tal postulado sigue actuando como una mera referencia cargada de buenas intenciones, quedando un largo camino por recorrer para conseguir el doble cariz inherente a la eficacia de la tutela antidiscriminatoria: positivo (promoción de condiciones para su consecución) y negativo (remoción de obstáculos).

Buena muestra de tal realidad puede encontrarse en aquellos casos en los que las mujeres son incluidas en las categorías más bajas del sistema de clasificación profesional aun cuando en la práctica realizan funciones superiores. Las vías de defensa otorgadas por el ordenamiento laboral para revertir este defecto son las tres siguientes: el ejercicio de una acción declarativa a quien realiza funciones de nivel superior a las acordadas en contrato (salvo pacto de polivalencia funcional ex art. 22.4 ET); el reconocimiento de la posibilidad de instar un ascenso por formación y méritos cuando corresponda según lo previsto en convenio (art. 24.1 ET) o la petición de convocatoria de la vacante formal puesta de manifiesto por la realización de trabajos de grupo profesional superior durante un espacio significativo de tiempo (art. 39.2 ET).

Ahora bien, si la clasificación profesional irregular tiene lugar en el ámbito del sector público, el acceso a una categoría superior no puede materializarse de manera automática, pues debe entrar en escena la aplicación de las reglas de igualdad, mérito y capacidad, para cuya satisfacción se prevén pruebas selectivas objetivas de acceso ancladas en el principio de libertad de concurrencia.

Bajo tales premisas, en el presente caso, no se discute el derecho a la percepción de las diferencias retributivas entre la categoría formalmente asignada (auxiliar administrativo) y la realmente desempeñada (administrativo), sino el derecho subjetivo al reconocimiento de la clasificación en la categoría superior. Mientras el Juzgado de lo Social dio plena satisfacción a la demanda, el Tribunal Superior de Justicia entiende que no procede tal conclusión.

Así, aun cuando la sentencia aportada como de contraste no cumple el requisito de identidad exigido para la admisión del recurso de casación para unificación de doctrina, lo cierto es que la Sentencia de Suplicación, cuando reconoce únicamente a la trabajadora el derecho a las diferencias salariales y le niega el derecho a ostentar la categoría profesional de administrativo ante la necesidad de convocar el pertinente proceso selectivo de ascenso, está olvidando dos datos sustanciales: por una parte, que la Administración se ha demorado desde octubre de 2011 a la hora de poner en marcha dicho procedimiento de ascenso, esto es, más de 10 años; por otra, que la demandante es la única persona que desarrolla su actividad en el servicio jurídico municipal donde debería haberse convocado el proceso de promoción, razón por la cual muy probablemente fuera ella quien hubiera conseguido el ascenso.

Es más, también ha pasado desapercibido que la trabajadora ha prestado servicios con anterioridad en diferentes departamentos municipales en situación de infra clasificación profesional, pues desde diciembre de 2006 ha trabajado realizando funciones administrativas en el servicio de orientación psicopedagógica dependiente de la Concejalía de Educación y Salud y a partir del mes de junio de 2007 pasó al servicio de contratación de la Concejalía de Hacienda y Régimen Interior hasta junio de 2010 realizando igualmente funciones administrativas.

Tal reiterado proceder irregular de la Administración podría conllevar una discriminación indirecta por razón de sexo de la trabajadora en su encuadramiento profesional, que no puede repararse con el simple abono de las diferencias retributivas correspondientes a las anualidades no prescritas, sino que merece una mayor tutela.

X. Apunte final

Cierto es que el reconocimiento del derecho a progresar profesionalmente con acceso a un trabajo más cualificado y mejor remunerado y a superar la limitación derivada del encuadramiento de origen forma parte del núcleo esencial de las prerrogativas que integran el estatuto jurídico de los empleados públicos. No menos verdad resulta que dicha promoción exige superar un proceso presidido por los principios de mérito y capacidad, abierto a cuantas personas reúnan los requisitos de preparación y capacidad para optar al nuevo puesto. Se trata con ello de evitar cualquier manifestación de endogamia o favoritismo, que podría derivar de la adjudicación de la plaza superior a quien fue designado simplemente para ocuparla provisionalmente.

Ahora bien, en los casos de realización de tareas superiores durante largos períodos de tiempo, la persona afectada no sólo puede reclamar la convocatoria para la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones realizadas, sino que ha de merecer también la garantía de la retribución inherente al trabajo realmente desempeñado, acompañada de la pertinente indemnización de los daños causados ante la falta dilatada de convocatoria de la Administración.

Seguramente, en la práctica, la persona que ha venido realizando las tareas superiores durante un largo período de tiempo será quien, en la mayor parte de los casos, ocupará la plaza convocada por ser la persona más meritoria, máxime si, como sucede en este caso, “la demandante desde el mes de octubre de 2011 es la única trabajadora con la que cuenta el Servicio Jurídico Municipal, realizando las tareas administrativas”. En consecuencia, si la Administración hubiera convocado la plaza en tiempo y forma, se hubiera evitado un peregrinaje judicial que no ha proporcionado satisfacción a los intereses de una trabajadora deficientemente incluida en el sistema de clasificación profesional.

§ 34 Los efectos procesales expansivos en la condena solidaria a las empresas.

Juan Martínez Moya

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

Resumen: Dos empresas fueron condenadas, solidariamente, en la sentencia de instancia al abono de salarios al trabajador. Solo una empresa recurre en suplicación la condena. El recurso de suplicación es estimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior, y absuelve a la empresa recurrente pero no a la empresa que no recurrió. La empresa que no recurrió en suplicación es ahora la parte recurrente ante el Tribunal Supremo en casación para unificación de doctrina. El Alto Tribunal, tras admitir la existencia de contradicción y entender que concurre gravamen para recurrir, decide que en los supuestos de solidaridad pasiva la actuación procesal de la empresa que recurrió en suplicación beneficia al otro deudor solidario que no lo hizo pero que ahora es la empresa que recurre en casación.

Palabras clave: Solidaridad. Deudores. Condena. Gravamen. Legitimación para recurrir.

Abstract: Deux entreprises ont été condamnées conjointement par le tribunal de première instance à verser les salaires du travailleur. Une seule entreprise fait appel de la condamnation. L'appel est accueilli par la Chambre sociale de la Cour supérieure et absout l'entreprise appelante mais non l'entreprise qui n'a pas interjeté appel. L'entreprise qui n'a pas fait appel est désormais appelante devant la Cour suprême en cassation pour unification de doctrine. La Haute Cour, après avoir admis l'existence d'une contradiction et compris qu'il existe un droit de recours, décide qu'en cas de solidarité passive, l'action procédurale de la société qui s'est pourvu en supplication profite à l'autre débiteur solidaire (la société qui se pourvoit en cassation).

Keywords: Solidarité. Débiteurs. Condamnation. Préjudice. Droit de recours.

I. Introducción

En un contexto litigioso de sucesión empresarial, en el que el trabajador demandante reclama unas cantidades salariales por aplicación del convenio colectivo frente a dos empresas – saliente y entrante –, la sentencia del TS (Social) de 23 de febrero de 2024 -Rcud 1533/2022^[1]- aporta claras y precisas soluciones a determinadas problemáticas procesales que las condenas solidarias suelen suscitar en el quehacer diario de los tribunales laborales.

El supuesto de hecho es bien concreto:

-Recorre en suplicación una de las empresas (la saliente) que había sido condenada, junto con la empresa entrante, al abono de salarios. No lo hace (esto es,

no recurre en suplicación), en cambio, la segunda empresa, que había sido condenada solidariamente en una suma, pero en otra cantidad, solo de manera exclusiva a ella.

-La sentencia del TSJ (Social) estima el recurso de suplicación y absuelve solo a la empresa recurrente respecto de las cantidades a las que se ceñía la condena solidaria, dejando constancia de que deja firme el pronunciamiento con relación a las condenas, solidaria e individual, con relación a la empresa que no recurrió.

El TS (Social) decide que, con base en doctrina unificadora precedente^[2], que el éxito del recurso de suplicación aprovecha al resto de los condenados solidariamente en la instancia. Por tanto, beneficia al otro condenado, aunque no hubiere recurrido.

Pero para llegar a esta solución la Sala de lo Social del TS tiene que despejar varios obstáculos procesales:

¿Está legitimada para recurrir en casación para unificación de doctrina una empresa, que no recurrió en suplicación su condena, en parte solidaria, con otra empresa que sí recurrió en suplicación y fue absuelta? ¿Es posible admitir un recurso de casación para unificación de doctrina por una parte condenada en instancia pero que no interpuso recurso de suplicación discutiendo esa condena solidaria? ¿Concorre o no gravamen para recurrir? ¿Afecta a la identidad sustancial del recurso de casación para unificación de doctrina el que con posterioridad del dictado de la sentencia de suplicación suscite la cuestión una parte procesal que no intervino en el recurso de suplicación? ¿Cómo juegan en la decisión las reglas del Código Civil -artículo 1145?2, entre otros- sobre responsabilidad solidaria pasiva – acreedor frente a varios deudores solidarios- en las dos vertientes de esa responsabilidad (interna y externa)? Con relación a la parte de condena individual a la empresa que ahora recurre en casación ¿Se produjo firmeza parcial respecto de este pronunciamiento?

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Social).

Número de resolución judicial y fecha: núm. 369/2024, 23 de febrero de 2024

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación para la unificación de doctrina, Rcd. 1553/2022

ECLI:ES:TS:2024:1378

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sr. Juan Molins García-Atance.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

- *Cuestión litigiosa:*

Lo explica con mucha claridad la propia sentencia al inicio del fundamento jurídico primero .1 al señalar que consiste en determinar si la estimación del recurso de suplicación interpuesto por un codemandado que había sido condenado solidariamente por la sentencia del Juzgado de lo Social - lo que conlleva la desestimación de la demanda formulada contra él- alcanza al otro codemandado que había sido condenado solidariamente pero que no recurrió en suplicación. Es decir, si la absolución del recurrente determina que se absuelva también al otro codemandado solidariamente o si, al no haber recurrido este último la sentencia condenatoria, la ha consentido y solo debe absolverse al recurrente.

- *Antecedentes procesales:*

-*Ante el Juzgado de lo Social:*

*Demanda: El trabajador presentó demandada en reclamación de salarios por diferencias derivadas del convenio colectivo, contra dos empresas: Abastecedora de Alhucemas SA en la que prestó servicio hasta el día 1 de septiembre de 2019 y contra la mercantil Distribuciones Melillense Txiky SL que se subrogó en su contrato de trabajo.

*La sentencia del Juzgado de lo Social condenó solidariamente a las dos mercantiles a abonar al demandante 2.740,02 euros. Además, condenó exclusivamente a Distribuciones Melillense Txiky SL a pagarle 1.212,68 euros. La condena solidaria a la empresa saliente y a la empresa entrante se fundamentaba en el *art. 44 del Estatuto de los Trabajadores*. Se refería a los salarios devengados durante el periodo temporal anterior a la sucesión empresarial: el año 2018 y los ocho primeros meses de 2019. La condena exclusiva a la empresa entrante se refería a los salarios posteriores a la sucesión empresarial producida el 1 de septiembre de 2019.

-Ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia

*El recurso de suplicación: dicha resolución fue recurrida en suplicación únicamente por quien era la empresa saliente: Abastecedora de Alhucemas SA. Solicitaba la anulación de la sentencia de instancia y subsidiariamente la desestimación de la demanda.

* La *sentencia del TSJ de Andalucía con sede en Málaga 56/2022, de 19 enero (recurso 1366/2021)*^[3], hizo dos pronunciamientos al estimar el recurso el recurso de la citada empresa: 1º) Procedió a absolverla de la demanda; Y 2º) en posterior auto de aclaración fecha 16 de febrero de 2022, declaró la firmeza de la condena fijada en la sentencia recurrida frente a la empresa que no recurrió, Distribuciones Melillense Txiky SL, la cual vendría obligada a pagar al demandante las cantidades de 1.212,68 euros y 2.740,02 euros.

En cuanto al fondo, el Tribunal argumentó, en esencia, que el trabajador reclamaba diferencias salariales derivadas de la aplicación de un convenio colectivo cuya ultraactividad había concluido, por lo que la pretensión no podía sustentarse en el texto de un convenio ya derogado. Por ello, estimó el recurso de suplicación formulado por la empresa Abastecedora de Alhucemas SA.

El *quid iuris* de la cuestión radica en que respecto de la otra empresa condenada en instancia pero que no recurrió en suplicación (Distribuciones Melillense Txiky SL), el TSJ, al final de la fundamentación jurídica mantuvo la condena de dicha empresa precisamente por no haber recurrido.

- *Ante el Tribunal Supremo (Sala de lo Social)*

La empresa entrante

Distribuciones Melillense Txiky SL, condenada en instancia -confirmado este pronunciamiento respecto de ella en suplicación- pero que no había recurrido en suplicación, es la que recurre en casación unificadora con un único motivo en el que denuncia la infracción de los *arts. 1141 y 1148 del Código Civil*, así como de la doctrina jurisprudencial.

El TS (Social) estima en parte el recurso.

IV. Posición de las partes

La descripción de la posición de las partes está vinculada al momento de cada una de las fases de la vida del proceso: en instancia, en suplicación y finalmente en casación unificadora. Nos podemos remitir al apartado precedente sobre antecedentes procesales.

Con todo podemos esquematizar las posiciones en el recurso de casación para unificación de doctrina:

A. Las empresas codemandadas en el litigio

1.- La empresa que sólo recurre en casación para unificación de doctrina

Se trata de la empresa Distribuciones Melillense Txiky SL recurrente en casación para unificación de doctrina, que combate el pronunciamiento de la sentencia dictada en suplicación por la Sala de lo Social del TSJ condenada en la instancia a abonar determinadas cantidades, tras haber sido condenada en instancia, no recurrió la sentencia en suplicación, que expresamente declaró la firmeza de la condena fijada en la sentencia recurrida frente a ella obligándole a pagar al trabajador demandante las cantidades de 1.212,68 euros y 2.740,02 euros. Afirma su legitimación para recurrir en casación para unificación de doctrina al considerar que la decisión recaída en suplicación le supone un gravamen. Argumenta que la fuerza expansiva de la sentencia dictada en suplicación, absolutoria para la empresa saliente obliga a extender dicha absolución a ella porque la condena para ambas era solidaria. Interesaba también que se le exonerara también del pago de las segundas de las cantidades a las que había sido condenada únicamente dicha empresa recurrente.

2.- La empresa que solo recurrió en suplicación

Se trata de la empresa Abastecedora de Alhucemas SA. La sentencia del Juzgado de lo Social la había condenado solidariamente, junto con la empresa Distribuciones Melillenses Txiky S. L a abonar al demandante trabajador demandante 2.740,02 euros. Fue la única empresa que recurrió en suplicación y logró su absolución. No se personó en el recurso de casación para unificación de doctrina.

B.- El trabajador

Su posición procesal como parte fue variando durante las diferentes fases de la tramitación del proceso.

-Como demandante, interesó la condena al abono de diferencias salariales por convenio frente a las dos empresas codemandadas, saliente y entrante en un contexto de sucesión empresarial. Logró que el Juzgado de lo Social condenara solidariamente a las empresas al abono de 2.740,02 euros, y exclusivamente a la empresa Distribuciones Melillense Txiky SL a 1.212.68 euros.

- Como parte recurrida intervino en suplicación, impugnando el recurso; y en el recurso de casación para unificación de doctrina interesó la inadmisión del recurso por falta de contradicción; y en cuanto al fondo pedía la íntegra confirmación de la de la sentencia de suplicación, al entender que había consentido la condena.

C.- El Ministerio Fiscal. Solicitó la estimación del recurso de unificación de doctrina.

V. Normativa aplicable al caso

*Estrictamente procesal: sobre el gravamen para recurrir en casación unificadora

-Ley de Enjuiciamiento Civil: artículo 448.1

-Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, artículo 17.6 de la LRJS

*Sustantiva con proyección sobre el fondo con relación a la solidaridad pasiva (de deudores)

-Código Civil: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Artículos 1145, 1141 y 1148.

-Estatuto de los Trabajadores: sobre la sucesión de empresa. Artículo 44.3

VI. Doctrina básica

La doctrina de esta sentencia se contrae fundamentalmente en *los efectos expansivos de la solidaridad pasiva* en los siguientes ámbitos:

A. Sustantivos: en las relaciones internas (entre deudores) y sus límites

- En los supuestos de solidaria pasiva, la estimación del recurso de suplicación interpuesto por una empresa aprovecha al resto de las empresas condenadas solidariamente en la instancia.

-También en el caso de que la actuación procesal de interponer el recurso lo haya hecho solo una empresa porque la estimación del recurso y la absolución declarada beneficia al otro deudor solidario -empresa que no recurrió- en virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta.

- Sin embargo, esa fuerza expansiva tiene, lógicamente, sus límites sustantivos en las condenas individuales, que quedan excluidas de la absolución respecto a la pretensión de condena solidaria.

B. Procesales: efectos expansivos en el examen de la contradicción del recurso para casación de unificación de doctrina y en la legitimación para recurrir. Límites.

- En cuanto al juicio de contradicción, el hecho de que, con posterioridad al dictado de la sentencia de suplicación, el recurso de casación unificadora se haya interpuesto por diferentes partes procesales, constituye un trámite procesal ulterior a la controversia de suplicación que no desvirtúa su identidad esencial.

- Con relación a la legitimación para recurrir, aunque una parte procesal no haya recurrido la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, si posteriormente la sentencia del TSJ agrava su condena, concurre el gravamen que le permite recurrir en casación para la unificación de doctrina.

- No alcanza la fuerza expansiva de la solidaridad a la condena impuesta exclusivamente a una de las empresas, que ahora es quien recurre por primera vez, y lo hace en casación para unificación de doctrina. En este supuesto, dicha empresa, al haberse aquietado al pronunciamiento de instancia de condena individual, al no recurrir en suplicación, opera la firmeza parcial de la sentencia, expresamente admitida en nuestro ordenamiento jurídico, al admitir en el artículo 242 de la LRJS la ejecución parcial.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Supremo (Social) hace dos clases de pronunciamientos:

**Un pronunciamiento principal* consistente en:

1º. Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Distribuciones Melillense Txiky SL

2º. Casar y anular en parte la *sentencia del* Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga 56/2022, de 19 enero (recurso 1366/2021), aclarada por auto de fecha 16 de febrero de 2022, exclusivamente en el sentido de que la absolución de la reclamación de 2.740,02 euros se ha de producir no solo respecto de la empresa entrante Abastecedora de Alhucemas SA, sino también sobre Distribuciones Melillense Txiky SL, manteniéndose el resto de los pronunciamientos del fallo.

**Otros pronunciamientos accesorios:* a) al acordar la devolución del depósito y la devolución parcial de la consignación para recurrir, que se mantiene respecto de la condena al pago de 1.212,68 euros; b) sin condena al pago de las costas.

VIII. Pasajes decisivos

Fundamentos de Derecho

TERCERO.- [...]

5.- En la solidaridad pasiva (un acreedor y varios deudores solidarios), el deudor que paga al acreedor tiene una acción de regreso para reclamar de los codeudores la

parte que les corresponda a estos soportar en el conjunto de la deuda (*art. 1145.2 del Código Civil*).

La Sala Civil del TS explica que la "obligación solidaria frente al acreedor - relaciones externas- se transmuta en obligación mancomunada entre los codeudores, una vez producido el pago, en las relaciones internas (*sentencias 129/2015, de 6 de marzo; 249/2016, de 13 de abril y 509/2018, de 20 de septiembre*). De esta manera, cada uno de los obligados solidarios, que era deudor íntegro de la prestación, se convierte en deudor exclusivo de una parte de ella" [*sentencia de la Sala Civil del TS 647/2023, de 3 mayo (rec. 3168/2019)*].

Es decir, frente al deudor subrogado o que acciona de regreso, los deudores solidarios son deudores mancomunados: en el ámbito interno la deuda sí se divide.

6.- En este procedimiento, el Juzgado de lo Social dictó sentencia condenando solidariamente a las dos empresas demandadas. La mercantil Distribuciones Melillense Txiky SL fue condenada al pago de dos cantidades: una de ellas solidariamente con la otra empresa y la otra sin responsabilidad solidaria.

Solo una de ellas (Abastecedora de Alhucemas SA) recurrió en suplicación. El TSJ estimó su recurso, la absolvió y mantuvo la condena de la otra empresa codemandada. Esta empresa, que no había recurrido en suplicación, fue la que interpuso el recurso de casación unificadora.

7.- Por consiguiente, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social causó un gravamen a dos empresas. La parte procesal que no recurrió en suplicación fue la que recurrió en casación unificadora contra una sentencia dictada por el TSJ que había confirmado su condena.

Sin embargo, si atendemos a las dos vertientes de la responsabilidad solidaria (interna y externa), no ofrece duda que la sentencia dictada por el TSJ causó un gravamen a la parte recurrente en casación unificadora. [...]

Por ende, la sentencia dictada por el TSJ sí que causó un gravamen a Distribuciones Melillense Txiky SL: la condena del TSJ supuso un gravamen mayor para esa empresa que la condena que había establecido la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social. Ese gravamen, por aplicación del *art. 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y del *art. 17.6 de la LRJS*, permite que Distribuciones Melillense Txiky SL pueda recurrir en casación unificadora a pesar de que no recurrió en suplicación contra la sentencia de instancia.

La razón es porque, aunque una parte procesal no haya recurrido la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, si posteriormente la sentencia del TSJ agrava su condena, concurre el gravamen que le permite recurrir en casación para la unificación de doctrina.

CUARTO.- 1.- La citada *sentencia del TS 158/2020, de 19 de febrero (Rcud 2852/2017)*, declaró que el éxito del recurso de suplicación aprovecha al resto de los condenados solidariamente en la instancia. [...]

2.- La aplicación de la citada doctrina jurisprudencial al supuesto enjuiciado, de conformidad con el Ministerio Fiscal, obliga a concluir que la actuación procesal de Abastecedora de Alhucemas SA beneficia al otro deudor solidario (Distribuciones Melillense Txiky SL) en virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta.

La declaración de que el Convenio Colectivo del Comercio de Melilla no es aplicable, conlleva no solo la absolución de la empresa Abastecedora de Alhucemas SA a la condena solidaria al pago de 2.740,02 euros al actor sino también la absolución del otro condenado solidariamente: Distribuciones Melillense Txiky SL, que no debe abonar esa cantidad.

3.- La sentencia de instancia, además de la condena solidaria al pago de 2.740,02 euros, condenaba exclusivamente a Distribuciones Melillense Txiky SL a pagar al

demandante 1.212,68 euros. No se trata de una condena solidaria. Por ello, si esta mercantil pretendía que se dejara sin efecto esa condena, debió haber recurrido en suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social. La fuerza expansiva de la solidaridad no alcanza a una condena impuesta exclusivamente a uno de los codemandados.

Al no haberlo hecho, la sentencia de instancia adquirió firmeza parcial respecto de esta condena. La *sentencia del TS 460/2018, de 3 mayo (rec. 119/2017)* explica que nuestra legislación admite expresamente la firmeza parcial de la sentencia, al admitir el *art. 242 de la LRJS* la ejecución parcial.

4.- Por todo ello, debemos estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular en parte la sentencia recurrida, exclusivamente en el sentido de que la absolución de la reclamación de 2.740,02 euros se ha de producir no solo respecto de Abastecedora de Alhucemas SA, sino también sobre Distribuciones Melillense Txiky SL, manteniéndose el resto de los pronunciamientos del fallo.

IX. Comentario

- **Solidaridad pasiva: Código Civil y relaciones laborales. El peso de la dogmática civilística en la decisión del TS**

En la decisión del Tribunal Supremo (Social) al sentar como doctrina que en los supuestos de solidaridad pasiva, la estimación del recurso de suplicación interpuesto por una empresa, que logra con ese recurso ser absuelta, beneficia también a la empresa que también fue condenada pero que no recurrió, descansa en una sólida base dogmática civilística que emerge en algunos de sus pasajes (por ejemplo, f.jco Tercero 5 precedente transcrito), pero que, por razones de la finitud de la extensión de una sentencia (concisión, claridad y precisión, así como reglas de congruencia) y del objeto de debate, no pueden ser más explícitas e insinuantes del entramado de relaciones en que descansa el régimen de la responsabilidad solidaria pasiva en el Código Civil.

La conexión, en general, entre Derecho civil y Derecho del Trabajo, y en particular, en las fuentes del Derecho, está presente, en todo momento, en la sentencia objeto de comentario. Así se refleja en algunos pasajes de esta cuando se recuerda, con amparo en el articulado del Código Civil y en la jurisprudencia civil. Nos remitimos al fundamento jurídico Tercero 5.- reproducido en el apartado “pasajes decisivos” de este comentario.

Siguiendo al profesor Luis DIEZ-PICAZO, los principios que rigen la solidaridad pasiva son los del Código Civil, y estos se analizan desde una doble vertiente: la relación jurídica que ligar al acreedor con uno de los deudores solidarios (relación externa) y la que liga a los codeudores solidarios entre sí.

Dogmáticamente, en la relación obligatoria con solidaridad pasiva:

1º) Todos los deudores solidarios deben el entero objeto (*solidum*) de la obligación y, por consiguiente, el acreedor puede reclamar la totalidad de la deuda cualquiera de los deudores;

2º) El deber de la prestación es indistinto. Cualquiera de los deudores debe pagar la totalidad de la deuda. O en palabras del artículo 1145 “el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación”.

3º) Si indistinto es el deber de la prestación, es también indistinto el de la pretensión del acreedor y la facultad de elección del sujeto pasivo de la reclamación, lo que se ha llegado a calificar de actitud agresiva del acreedor y las iniciativas que para el cumplimiento de la obligación puede adoptar (cfr. Art. 1144 Código Civil)^[4].

Todos estos principios están latentes en el marco de la decisión finalmente adoptada.

- **Solidaridad pasiva y proceso**

Lo que en el marco de la dogmática civilista tiene soluciones fuera del proceso el tema se complica cuando el régimen jurídico de la solidaridad pasiva que disciplina el Código Civil precisa notables ajustes cuando se tiene que aplicar en un proceso, donde también juegan otros conceptos – legitimación para recurrir, litisconsorcio pasivo necesario, cosa juzgada, firmeza parcial de la sentencia – de imperativa aplicación.

Como afirmaba el profesor Luis DIEZ-PICAZO, “una buena parte de los preceptos que el Código Civil dedica a la solidaridad presentan, como supuesto de hecho, una actuación procesal y tratan de resolver problemas procesales (cfr. en este sentido, los artículos 1141, 11424 a 11489”^[5]. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 introdujo la regulación de la pluralidad de partes en los artículos 12 a 15. Se cubría así una notable laguna, como afirma Ignacio DÍEZ-PICAZO, para dar respuesta procesal a muchos de los problemas que planteaban los conceptos de litisconsorcio e intervención, que solo tenían respuesta doctrinal y en la jurisprudencia, deducidos de principios procesales.^[6]

- **Fuerza expansiva de la condena solidaria y la necesidad de adoptar “ajustes procesales razonables” para garantizar el “solidum” y el deber de prestación indistinto**

Situaciones conflictivas como la planteada no tienen una clara respuesta en la ley procesal. Aquí el litisconsorcio necesario se imponía ex lege (art. 44.3 ET) a tenor de la naturaleza de la reclamación realizada por el trabajador. Pero también se produjo un acontecimiento singular tras el dictado de la sentencia en instancia por el Juzgado de lo Social. La vicisitud no fue otra que solo recurrió una de las empresas condenadas solidariamente y, además, obtuvo éxito su recurso, y la sentencia del TSJ en suplicación explícitamente mantuvo la condena a la otra empresa que fue también condenada pero que no recurrió.

El siguiente paso está en salvar los obstáculos procesales que se interponen en una situación descrita el recurso de casación unificadora se formaliza por una parte procesal diferente a la que interpuso el de suplicación, pero con la que estaba vinculada por vínculos de solidaridad en la responsabilidad.

El TS (Social) tiene claro que la sentencia recurrida, con el mantenimiento de la condena con relación a la empresa que no recurrió, y tras la absolución de la otra empresa codemandada recurrente en suplicación, ha roto uno de los presupuestos indispensables de la solidaridad como es la del carácter indistinto del deber de la prestación, esta vez en su faz negativa. Y para neutralizar los efectos de una posible cosa juzgada y respetar la inescindibilidad del pronunciamiento absolutorio en el aspecto subjetivo de la responsabilidad, la Sala va a sentar los siguientes criterios:

(A) Afirmará la legitimación procesal para recurrir en casación para unificación de doctrina a una empresa, que no recurrió en suplicación su condena, en parte solidaria, con otra empresa que sí recurrió en suplicación y fue absuelta, porque hay gravamen que justifica el recurso.

(B) Ajustará razonablemente el juicio de contradicción en el recurso de casación para unificación de doctrina pese a que la sentencia de contraste, también del TS (Social)^[7] presentaba algunos perfiles diferentes (grupo de empresa versus sucesión empresarial, y recurso interpuesto por quien también había recurrido en suplicación. El TS (Social) deja claro que no afecta a la identidad sustancial del recurso de casación para unificación de doctrina el que con posterioridad del dictado de la sentencia de suplicación suscite la cuestión una parte procesal que no intervino en el recurso de suplicación.

(C) Con relación a la parte de condena individual a la empresa que ahora recurre en casación, rechazará abiertamente la extensión de la condena solidaria dejada sin

efecto en el recurso de suplicación, y dará entrada en juego al concepto de firmeza parcial respecto de este pronunciamiento.

X. Apunte final

La sentencia que se comenta encierra una lección teórica y práctica de soluciones procesales ante problemas que la solidaridad pasiva puede suscitar.

-Por una parte, hace unos milimétricos *ajustes procesales* para salvar el juicio de contradicción y admitir la legitimación procesal para recurrir de quien se aquietó, aparentemente, a un pronunciamiento condenatorio en la instancia. Para ello pone en juego el concepto de gravamen. Así logrará garantizar el principio general de la solidaridad pasiva de que el deber entre deudores solidarios en la obligación es indistinto. Haciendo estos ajustes razonables de carácter procesal se elude el riesgo de cosa juzgada, el “*elefante en la habitación*” que está presente, pero del que no se habla en la sentencia.

- Por otro lado, no deja de proyectar una cierta *llamada pedagógica* a los profesionales que asesoran y defienden a empresarios y personas trabajadoras, pero también a los propios Tribunales laborales, especialmente a los órganos colegiados. A los primeros, para que sean proactivos en la intervención en las fases de recursos. La LRJS es generosa – régimen de costas- y flexible -escrito de impugnación- en este sentido. Pero también es una llamada a los Tribunales laborales para afinar los pronunciamientos de responsabilidad cuando hay pluralidad de partes pasivas.

- Finalmente, la sentencia es una muestra más de que los laboristas han de tener muy presente que “*el ordenamiento jurídico es uno*” y “*que el ordenamiento laboral es tan solo una pantalla o atalaya desde la cual contemplar la totalidad del ordenamiento* (Alonso Olea)”^[8].

Referencias:

1. ^ ECLI:ES:TS:2024:1378
2. ^ STS (Social) 158/2020, de 19 de febrero (Rcud 2852/2017)
3. ^ ECLI:ES:TSJAND:2022:1745
4. ^ Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*. Thomson-Civitas. Sexta edición. 2008. Págs. 238 y ss.
5. ^ *Ibidem*, pág.
6. ^ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*. Andrés de la Oliva e Ignacio Díez-Picazo. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 2000. Págs. 179 y ss.
7. ^ STS (Social) 158/2020, de 19 de febrero (Rcud 2852/2017).
8. ^ SEMPERE NAVARRO, La jurisprudencia social en la jurisdicción civil. *Discurso leído el 26 de noviembre de 2020 en el acto de recepción como Académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Murcia. Contestación del Excmo. Sr. D. Alfredo Montoya Melgar.*

§ 35 El registro de jornada no es instrumento hábil para modificar condiciones laborales o desconocer derechos.

Faustino Cavas Martínez

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

Resumen: Si de pactos colectivos previos se desprende que la pausa por desayuno que no exceda de veinte minutos y los marcajes de entrada efectuados en los quince minutos posteriores a la hora de inicio de la jornada tienen la consideración de tiempo efectivo de trabajo, la implantación en la empresa de un registro horario que refleja el dato real del momento en que se produce el ingreso no impide considerar que el trabajador que ha fichado la entrada en los quince minutos posteriores a hora de entrada oficial ha sido puntual.

Palabras clave: Pausa por desayuno. Tiempo de cortesía. Registro de jornada. Tiempo de trabajo efectivo.

Abstract: If it appears from previous collective agreements that the breakfast break that does not exceed twenty minutes and the clocking-in carried out within fifteen minutes after the start of the day are considered effective working time, the supervening implementation in the company of a time registration system that reflects the actual data of the time of entry does not prevent the worker who has clocked in within fifteen minutes of the official entry time from being considered to have been punctual.

Keywords: Breakfast break. Courtesy time. Time registration system. Effective work time.

I. Introducción

En una conocida entidad financiera existe un acuerdo colectivo, datado en 1991, que atribuye al tiempo de pausa por desayuno y a los primeros quince minutos de demora respecto de la hora oficial de entrada (tiempo de cortesía) la consideración de tiempo de trabajo efectivo a efectos del cómputo de jornada.

Con motivo de la posterior implantación de un sistema de registro horario, en cumplimiento del deber empresarial recogido en el artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores, y de la elaboración y difusión por la empresa de una guía explicando a los trabajadores la operativa de dicho registro, se cuestiona si la pausa por desayuno y el tiempo de cortesía de 15 minutos desde que empieza la jornada hasta que el trabajador ficha su llegada han perdido la caracterización como tiempo de trabajo efectivo, y si el registro de jornada es un instrumento hábil para provocar dicho efecto.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 410/2024, de 5 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 143/2021.

ECLI:ES:TS:2024:1298.

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión a dirimir es si la implantación de un sistema de registro horario con arreglo a lo establecido en el art. 34.9 del Estatuto de los Trabajadores puede dejar sin efecto las condiciones de trabajo previstas en un previo acuerdo colectivo, fechado el 25 de octubre de 1991, en el que se dispone que deben considerarse tiempo de trabajo efectivo: 1) la pausa para el desayuno para la plantilla con cargo y categoría no jefe (con control rígido de horario) y para el resto de plantilla (con control rígido de horario, o con control rígido de horario con banda flexible); y 2) los marcajes efectuados en los 15 minutos posteriores a la hora pactada de inicio de la jornada, para la plantilla que tengan control rígido de horario y que no sean empleados con categoría de jefe o asimilado, ni empleados con cargo y categoría no Jefe.

Tal es el objeto de las demandas de conflicto colectivo promovidas por la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO-Servicios); la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT), el Sindicato de Empleados de Caixabank (SECB), la Federación DETalvi de Catalunya, y el Sindicat Independent de Balears (SIB), de lo que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

La contienda surge a raíz de la Guía elaborada por la empresa (Caixabank SA) para la instruir a su plantilla acerca de cómo llevar a cabo dicho control horario. En dicha Guía, publicada en la intranet corporativa el 27 de diciembre de 2019, bajo el título “Registro horario de la jornada de trabajo”, se establece, entre otras cláusulas, que: 1) al inicio “De forma automática el sistema grabará la hora real indicada en el ordenador”; 2) no se computa como tiempo efectivo la pausa para el desayuno, salvo que se haya dedicado a tareas profesionales o comerciales; 3) también se indica que “(...) la jornada establecida en Caixabank es de 1.665 horas anuales, por lo que no es posible confirmar si se han producido excesos de jornada hasta que no finaliza el año natural (...)”.

La empresa considera que debe ser la hora real que aparece en el registro de entrada la que debe ser tenida en cuenta para determinar si el trabajador ha sido puntual y ha cumplido la jornada asignada, sin que ni la pausa por desayuno ni el tiempo de cortesía de 15 minutos puedan tener la consideración de tiempo de trabajo efectivo.

Mediante su sentencia 90/2020 de 27 de octubre la Sala de lo Social de la AN estimó parcialmente las demandas, declarando que:

“A) La pausa para el desayuno tiene la consideración de tiempo efectivo de trabajo, pues así se deduce de pactos colectivos previos que la empresa no puede alterar de forma unilateral. Respecto de los colectivos afectados, debe ser considerada como tiempo efectivo de trabajo la referida pausa ya que el Acuerdo Sectorial de 12 septiembre 2019 no supone alteración ni en la jornada ni en el horario de trabajo ni en los descansos, pausas y otras interrupciones; la empresa no puede alterar estos aspectos de forma unilateral sin acudir a la modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT) en los términos previstos en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores (ET). La integración del fallo albergado por la Sentencia con el Auto de aclaración

aboca a la conclusión de que la pausa para el desayuno tanto para la plantilla con cargo y categoría de no jefe (con control rígido de horario) como para el resto de plantilla (con control rígido de horario, o con control rígido de horario con banda flexible) tiene consideración de tiempo de trabajo efectivo en los siguientes términos:

- * los que venían sujetos a control horario rígido de horario sin especificar duración;
- * los sujetos a control rígido de horario con banda flexible durante los primeros veinte minutos.

B) No debe considerarse tiempo de trabajo el de los marcajes que se efectúen en los 15 minutos después del inicio de la jornada. Del Pacto de 1991 no cabe inferir que puedan reputarse como jornada efectiva, ya que lo acordado no es más que un ajuste al alza o a la baja del cómputo de la jornada (pues también se contempla que los marcajes efectuados en los 15 minutos previos al inicio de la jornada se reputen efectuados al inicio de la misma), que resulta incompatible con lo dispuesto en el art. 37.9 ET y con la doctrina de la STJUE de 14 mayo 2019 (Deutsche Bank), pues no garantiza el efectivo cómputo de la jornada realizada por el trabajador.

C) Tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, conforme a lo previsto en el ET (art. 34.1 y 35.1). Siendo la jornada de trabajo vigente en la empresa la de 1665 horas únicamente deben reputarse horas extraordinarias las que superen dicho máximo anual.”

Contra esta sentencia de la AN se promueven cuatro recursos de casación, activando varias de las posibilidades que el art. 207 de la LRJS ofrece.

IV. Posición de las partes

1. Recursos de casación e impugnaciones

- El sindicato CC.OO impugna la sentencia de la AN interesando su anulación o, subsidiariamente, la estimación de la demanda, alegando, al amparo del art. 207.c) LRJS, infracción del art. 218 LEC y del art. 24.1 CE, por no ser la sentencia congruente con la pretensión articulada por el demandante (incongruencia interna de la sentencia); infracción de los arts. 94 y 97.2 LRJS, en relación con los arts. 218.2 y 326.1 LEC (incongruencia omisiva); revisión fáctica de la sentencia de instancia, con fundamento en el art. 207.d) LRJS; con apoyatura en el art. 207.e) LRJS, infracción de los arts. 1281 y 1283 del CC así como de la jurisprudencia que los interpreta, para que se consideren tiempo de trabajo efectivo los marcajes efectuados en los 15 minutos posteriores a la hora pactada de inicio de la jornada.

- La organización sindical FeSMC-UGT solicita en su recurso la íntegra estimación de las demandas acumuladas, construyéndolo en torno a tres motivos: a) al amparo del art. 207.c) LRJS, por infracción del art. 218.1 LEC y art. 24.1 CE, denunciado incongruencia interna de la sentencia; b) al amparo del art. 207.d) LRJS, revisión fáctica por error de hecho en la apreciación de la prueba obrante en autos; y c) al amparo del art. 207.e) LRJS, por vulneración del Acuerdo Parcial del Convenio Colectivo del Sector de Cajas y Entidades Financieras de Ahorro de 12 de septiembre de 2019, el Acuerdo Laboral de empresa de 25 de octubre de 1991, en relación con los arts. 37.1 CE, 34.9 y 82.3 ET, 1255 y 1256 CC, arts. 3 y 1281 y ss. CC.

- El sindicato SECB interesa en su recurso que se reconozca como tiempo de trabajo efectivo el descanso para el desayuno que no exceda de 20 minutos y los marcajes efectuados en los 15 minutos posteriores a la hora pactada de inicio de la jornada. Desarrolla dos motivos al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico que fueren aplicables para resolver la cuestión objeto de debate.

- La mercantil Caixabank, S.A., interesa en su recurso la íntegra desestimación de las demandas, sea declarando la nulidad de la sentencia, sea casándola en la parte de

estimación parcial. Para ello aduce dos motivos: 1) al amparo del art. 207.c) LRJS, por infracción de los arts. 261 y 218 .1 LEC y art. 24.1 CE (incongruencia interna), así como los arts. 80.1.c) y d) y 157.1.c.) y d) LRJS; 2) al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción de la jurisprudencia sobre condiciones más beneficiosas y su modificación por la vía del art. 41 ET, así como de los arts. 34.4 y 34.9 ET, en relación con los arts. 1281 y 1288 CC e interpretación errónea del Pacto Colectivo de 25.10.1991, por considerar que no existe una condición más beneficiosa que la empresa haya suprimido unilateralmente.

La mercantil también impugna los tres recursos formalizados por los sindicatos.

2. Posición del Ministerio Fiscal

El Ministerio Público ha emitido el informe contemplado en el art. 214.1 LRJS. En él interesa la desestimación del recurso empresarial y la estimación de alguno de los motivos de los recursos sindicales.

V. Normativa aplicable al caso

- El art. 34 del ET dispone en su apartado 4 lo siguiente: "Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este periodo de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo.

En el caso de los trabajadores menores de dieciocho años, el periodo de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media."

- Más adelante, en su apartado 9, el art. 34 ET establece lo siguiente: "La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo.

Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.

La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

- Acuerdo de 19 de diciembre de 1989 suscrito entre la dirección de la Caixa (ahora CaixaBank) y las secciones sindicales de la misma -SECPVE-FESEC, CCOO y UGT-, Acuerdo denominado "normativa laboral".

- Acuerdo Laboral de Empresa suscrito el 25 de octubre de 1991 con las mismas organizaciones para reformar el Capítulo 22 de la normativa laboral sobre "CONTROL HORARIO Y HORAS EXTRAORDINARIAS" con el contenido que obra en el hecho probado 5º de la SAN de 27 de octubre de 2020.

- Acuerdo de 28 de abril de 2017 que modifica los siguientes acuerdos laborales en los apartados detallados:

a) Acuerdo laboral de 3 de diciembre de 2009. Apartado 2. Gestor de Clientes I (CGI). Apartado 3. Gestor de Clientes II (GCII). Disposición Transitoria Séptima. Disposición Transitoria Octava.

b) Acuerdo Laboral de Oficinas S1 de 25 de octubre de 2013. Apartado Dirección de Oficina. En este acuerdo, en su apartado I.2.2. Horario Laboral Singular se dice "(...) Con el cumplimiento de estos horarios se respeta la jornada anual establecida en el Convenio Colectivo y en la Normativa laboral de CaixaBank".

- Acuerdo de 18 de abril de 2018. Afecta a los centros in Touch. En el apartado I.2. Horario Laboral Singular se dice: "(...) Con el cumplimiento de estos horarios se respeta la jornada anual establecida."

- Acuerdo Parcial del Convenio Colectivo para las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro, alcanzado el 12 de septiembre de 2019, en materia de registro de jornada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 34.9 del ET, que fue suscrito, de una parte, por CECA, en representación de las empresas del sector, y, de otra, por las organizaciones sindicales CC.OO- Servicios, FINE y FeSMC-UGT, en representación de los trabajadores.

- Circular "Registro horario de la jornada de trabajo" que contiene la Guía de registro horario, subida por Caixabank, S.A. a la intranet corporativa en fecha 27 de diciembre de 2019.

VI. Doctrina básica

El tiempo de desayuno y el de marcaje de llegada (un margen de cortesía de hasta quince minutos tras la hora de inicio de la jornada) deben considerarse como tiempo trabajado si en la empresa existen acuerdos colectivos suscritos con la representación de los trabajadores que así lo establecen. En consecuencia, el fichaje que se produce dentro de los primeros quince minutos computados desde la hora de inicio de la jornada en un sistema de control horario rígido tiene el efecto de considerar que la entrada tuvo lugar puntualmente.

La implantación de un sistema de registro horario y la guía que explica su funcionamiento a los trabajadores no pueden modificar la situación anterior, debiendo prevalecer lo pactado colectivamente (consideración como tiempo efectivo de trabajo de la pausa por descanso y del margen de cortesía de 15 minutos para fichar la entrada) sobre la realidad en cuanto a tiempo de trabajo y ausencias que refleja dicho registro.

VII. Parte dispositiva

Después de una profusa y circunstanciada argumentación jurídica, la Sala Cuarta del TS decide:

- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Caixabank, S.A.
- Estimar el cuarto motivo del recurso de casación interpuesto por la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO-Servicios).
- Estimar el tercer motivo del recurso de casación interpuesto por la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT).
- Estimar el segundo motivo del recurso de casación interpuesto por Sindicato de Empleados de Caixabank (SECB).
- Casar y anular en parte la sentencia 90/2020, de 27 de octubre, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, aclarada mediante Auto 15/2020 de 30 de diciembre, en el procedimiento 78/2020, sobre conflicto colectivo.
- Declarar que debe considerarse tiempo de trabajo efectivo el de "marcaje" efectuado en los 15 minutos posteriores a la hora pactada de inicio de la jornada, para la plantilla que tenga control rígido de horario y no sean empleados con categoría de jefe o asimilado, ni empleados con cargo y categoría de no Jefe.
- No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

VIII. Pasajes decisivos

Se reproducen a continuación pasajes relevantes de la argumentación jurídica desplegada por la Sala Cuarta para desestimar el motivo de infracción sustantiva esgrimido por la empresa Caixabank (inexistencia de condición más beneficiosa) y

estimar los motivos de tal clase deducidos por los sindicatos (el tiempo de marcaje como trabajado).

- "El Acuerdo de 1991, en efecto, establece que "Se registran las horas de entrada y salida, las ausencias y las incidencias, excepto el desayuno". También indica que "Se registrarán todas las ausencias e incidencias producidas durante la jornada, incluso la ausencia del desayuno para la cual los primeros 20 minutos no serán considerados como ausencia ". La literalidad de esta última previsión camina en un sentido distinto al que pretende el recurso pues hay en el Acuerdo argumentos para deducir del mismo el derecho a que la pausa por desayuno no paralice el registro del tiempo trabajado."

- "Para el colectivo de empleados con categoría de Jefe o asimilado se permite optar por el control rígido de horario (con banda flexible), el cual exige registrar las horas de entrada y salida, así como "las ausencias y las incidencias, excepto el desayuno". Que no se tenga que registrar la pausa del desayuno como una ausencia o una incidencia conduce a entender, sin esfuerzo interpretativo alguno, que esa pausa tiene la consideración de trabajo efectivo."

- "Con mayor claridad se aprecia ese resultado para el "resto de plantilla", sujeta a un control rígido de horario pues "Se registrarán todas las ausencias e incidencias producidas durante la jornada, incluso la ausencia del desayuno para la cual los primeros 20 minutos no serán considerados como ausencia". Esa alambicada fórmula lleva asimismo a entender que estamos ante tiempo de trabajo efectivo: o bien porque se interprete el precepto como que exonera de la obligación de registrar la pausa, o bien porque se entienda que no hay ni siquiera que hacer constar la parada para el desayuno que se mueve dentro de ese margen de veinte minutos. En suma, la interpretación sistemática del Acuerdo también avala la expuesta conclusión: hasta los 20 minutos de pausa por desayuno no estamos ante incidencia relevante, en el sentido de que el tiempo se contabilizará como trabajado. Ello es así, sin perjuicio de que se haga constar o no la ausencia."

- "El Acuerdo de 2019 tiene como objeto la regulación del sistema de registro de jornada. Es el apartado 4 del Acuerdo de 1991, referido a esta misma materia, el que ha de considerarse que ha perdido vigencia, pero no el resto. Además, como hemos advertido en otras ocasiones, la implantación de un sistema de Registro de jornada es mecanismo inhábil para introducir modificaciones sustanciales sobre tiempo de trabajo o, mucho menos, descuelgues de las previsiones convencionales; por todas, en tal sentido, STS 565/2023 de 19 septiembre (rec. 260/2021)."

- "Atendiendo al sentido literal de los términos empleados en el Acuerdo de 1991 se colige sin dificultad que, si se efectúa un marcaje en los quince minutos posteriores a la hora de entrada, se considera que se ha efectuado al inicio de la misma y, por tanto, es tiempo de trabajo efectivo. No hay otra razón que explique que sólo los marcajes efectuados fuera de estos márgenes, es decir, más allá de los 15 minutos posteriores, se registrarán con la hora real. A sensu contrario, los efectuados dentro de los 15 minutos inmediatamente posteriores, se consideran realizados al inicio de la jornada, luego tales minutos computan como trabajo efectivo."

- "Esta conclusión interpretativa se ve reforzada por la sistemática pues son únicamente los "retrasos que superen los 15 minutos de margen al inicio de la jornada", los que generarán una deducción de los excesos de jornada a razón de hora por hora."

- "La falta de exactitud que ello puede comportar es asunto colateral y ajeno al debate. Nada impide que el registro (cuyas características técnicas aparecen silenciadas en este conflicto) incluya tanto el dato real (momento en que se ficha) cuanto el operativo a efectos de cómputo de la jornada (la hora de entrada oficial). Pero incluso si solo se opera con la constancia del dato funcional (hora de entrada, aunque se produzca en los minutos posteriores la verdadera incorporación) quedaría clara

constancia de que se cumple el tiempo de trabajo en los términos pactados, que a la postre es la finalidad última de la institución.”

IX. Comentario

La Sala de lo Social del TS estima en parte los recursos de casación presentados por los sindicatos CC.OO., UGT y SECB frente a la SAN 90/2020, de 27 de octubre, que resolvió una controversia que afectaba a la plantilla de determinada entidad financiera (Caixabank, S.A.) que cuenta con un horario laboral rígido. Dicha resolución, con estimación parcial de las demandas de conflicto colectivo promovidas por los referidos sindicatos, confirmó que la pausa por desayuno tiene la consideración de tiempo efectivo de trabajo en sus primeros veinte minutos, pero rechazó que deban considerarse como tiempo de trabajo efectivo los quince minutos posteriores a la hora pactada de inicio de la jornada, para los empleados que no tengan horario flexible y que no sean trabajadores con categoría de jefe o asimilado, ni empleados con cargo y categoría no Jefe.

La Sala Cuarta del TS va a extender la calificación de tiempo de trabajo efectivo al tiempo de marcaje realizado en los primeros quince minutos contados desde la hora de entrada oficial, por ser la conclusión que se extrae de una interpretación literal de los Acuerdos colectivos vigentes en la empresa, previos a la implantación del nuevo sistema de registro de jornada cuya funcionalidad no es otra que dejar constancia exacta de las horas de comienzo y finalización de la jornada y su distribución interna, incluidas las ausencias por distintos motivos, pero no constituye un mecanismo hábil para modificar las condiciones de trabajo ni cualesquiera otros derechos laborales.

Desde la promulgación del RDL 8/2019, de 8 de marzo, que modificó el Estatuto de los Trabajadores para implantar en todas las empresas la obligación de llevar un registro horario (que hasta ese momento solo afectaba a las horas extraordinarias y al tiempo trabajado a tiempo parcial), la puesta en marcha de este sistema de control de jornada ha suscitado abundantes dudas acerca de su virtualidad y modalidad de ejercicio, dando lugar a un nutrido elenco de pronunciamientos judiciales. Entre estos, cabe destacar las siguientes sentencias de la Sala Cuarta del TS, referenciadas en la resolución objeto de este comentario:

-STS 762/2021, de 7 julio (rec. 179/2019): remite al cauce pertinente (MSCT, descuelgue), la alteración de la distribución horaria y el cómputo del tiempo de trabajo, sin que la implantación del registro de jornada pueda servir a tal efecto.

-STS 299/2022, de 5 de abril (rec. 7/2020): valida el sistema de registro implantado (a través de Acuerdo colectivo) solo tras comprobar que “no altera régimen horario alguno, ni modifica el convenio colectivo”.

-STS 41/2023, de 18 enero (rec. 78/2021): admite la validez del Acuerdo sobre registro de jornada en el sector de Cajas de Ahorro, que prevé la elaboración de una Guía por parte de cada empresa. “Sea como fuere, a través de esa guía o de cualquier otro mecanismo, a las empresas les corresponde la obligación de garantizar que los trabajadores conozcan perfectamente el modo y manera en el que deben registrar cada uno de los periodos temporales de su jornada de trabajo. Al igual que sucede en cualquier sistema de control horario, el trabajador debe disponer de las pautas necesarias para saber en cada momento como debe activar cada una de las funciones y opciones en la herramienta de registro de jornada”.

-STS 161/2023, de 22 febrero (rec. 34/2020): legitima el sistema de registro que rechaza la prolongación de jornada porque las horas extras ya solo eran posibles, con anterioridad, si estaban previamente autorizadas.

-STS 565/2023, de 19 septiembre (rec. 260/2021): descarta que el sistema de registro de jornada pueda servir para introducir cambios en las condiciones de trabajo o desconocer cualesquiera derechos.

-STS 994/2023, de 22 noviembre (rec. 113/2021): descarta que la fecha de publicación en la intranet de la herramienta informática multiplataforma sobre registro de jornada sea la que marca el inicio del plazo de caducidad para impugnar una MSCT. "No solo porque el objeto de esa herramienta sea el más genérico de implantar el obligado sistema de registro de jornada de trabajo, sino porque con esa implementación no se incluye una específica y expresa decisión sobre la alteración de aquella condición de trabajo que es objeto del litigio".

En el caso aquí examinado, la entidad financiera elaboró un documento guía con las pautas necesarias para que los empleados pudieran saber en cada momento cómo debían activar cada una de las funciones y opciones en la herramienta de registro de jornada, pero atribuyó a dicha guía una funcionalidad ajena a la propia de un registro de jornada, entendiéndolo que como el registro de jornada debe ser fiel reflejo de la realidad, ya no era posible que los minutos posteriores a la hora de entrada fueron considerados como efectivamente trabajados.

El Tribunal Supremo concluye que quien llega a su trabajo durante los quince minutos posteriores a la hora de inicio de la jornada tiene derecho a que su fichaje se considere realizado de manera puntual, no estando obligado el trabajador a compensar esos minutos de retraso mediante la realización de trabajo en un momento posterior pues se entiende que el ingreso se produjo a la hora de inicio de la jornada. Esos primeros quince minutos computan, por tanto, como tiempo efectivo de trabajo a todos los efectos. Llega a esta conclusión la Sala tras recordar que el sistema de registro de jornada no puede servir para introducir cambios en las condiciones de trabajo o desconocer cualesquiera derechos y a la vista de que el acuerdo de empresa fechado en 1991 así lo prevé y no ha sido sustituido por otro acuerdo posterior.

En conclusión, del Acuerdo Laboral de 25 de octubre de 1991 se desprende que debe considerarse tiempo de trabajo efectivo el de "marcaje" efectuado en los 15 minutos posteriores a la hora pactada de inicio de la jornada, para quienes tengan control rígido de horario y no sean empleados con categoría de jefe o asimilado, ni empleados con cargo y categoría no Jefe. La implantación de un sistema de registro de la jornada es inhábil para alterar esa condición de trabajo.

X. Apunte final

Los beneficios en materia de jornada reconocidos a los trabajadores no pueden verse afectados por la implantación sobrevenida de un sistema de registro de jornada que no los tiene en cuenta. El sistema de control horario refleja la exacta materialización de los períodos temporales trabajados y las incidencias o interrupciones internas en el decurso de la jornada; pero ello no impide, señala la Sala Cuarta, que pueda ser diseñado para incluir tanto el dato real (momento en que se ficha) cuanto el operativo a efectos de cómputo de la jornada (la hora de entrada oficial). Es decir, el registro puede estar preparado técnicamente para tener por realizada la entrada a la hora prevista de inicio cuando el marcaje tiene lugar en los primeros quince minutos. Y para el caso de que no fuera así, y solo se operara con el dato real de la hora de entrada, incluso entonces quedaría clara la constancia de que se cumple el tiempo de trabajo en los términos pactados, que a la postre es la finalidad última de la institución.

Lo que en modo alguno puede concluirse de esta doctrina es la consideración de que el tiempo dedicado a pausa por desayuno y los tiempos de cortesía en la hora de ingreso son tiempo efectivo de trabajo, siempre y bajo cualquier circunstancia (*ex lege*), pues solo será así cuando tal caracterización venga establecida en un convenio colectivo, un pacto o acuerdo colectivo de empresa, en el contrato de trabajo o como resultado de una concesión unilateral del empleador. Conviene precisarlo porque en varios medios y canales de difusión, jurídicos y generalistas, se ha noticiado la doctrina acuñada por la STS/SOC 410/2024 con titulares que inducen a error sobre su exacto alcance, al destacar que el TS considera que los 15 minutos de cortesía al inicio de la jornada y el tiempo de desayuno son trabajo efectivo, lo cual, para ser

cierto, exige añadir que es así, en el concreto caso examinado, porque existe un pacto previo en tal sentido.

§ 36 Composición de la comisión de seguimiento de un acuerdo colectivo en un ERE. Inexistencia de vulneración del derecho de libertad sindical por exclusión del no firmante.

Francisco A. Vila Tierno

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

Resumen: *En la resolución judicial objeto de comentario se cuestiona si se produce una vulneración del derecho a la libertad sindical de un sindicato, cuya sección sindical no firmó el acuerdo alcanzado en ERE y fue excluido de su comisión de seguimiento. Se llega a la conclusión de que no se vulnera su libertad sindical porque la comisión ejerce funciones de interpretación del acuerdo y, en este punto, resulta esencial la posible revisión de los hechos probados.*

Palabras clave: *Libertad sindical. Comisión de interpretación. Despido colectivo. Acuerdo.*

Abstract: *Nella decisione giudiziaria in questione, ci si chiede se vi sia una violazione del diritto alla libertà sindacale di un sindacato, la cui sezione sindacale non ha firmato l'accordo raggiunto nell'ERE ed è stata esclusa dal suo comitato di controllo. Si conclude che non vi è alcuna violazione della loro libertà sindacale perché il comitato esercita funzioni di interpretazione dell'accordo e, su questo punto, l'eventuale revisione dei fatti provati è essenziale.*

Keywords: *Libertà sindacale. Commissione di interpretazione. Licenziamento collettivo. A.ccordo.*

I. Introducción

Gira la presente resolución judicial sobre una cuestión que ha sido tratada de manera reiterada en nuestra doctrina constitucional y jurisprudencial y que se refiere a la clásica distinción entre las comisiones de interpretación, aplicación y administración de un acuerdo colectivo y aquellas a las que se puede reconocer funciones negociadoras. Diferencia que de un modo habitual ha sido planteada respecto a las comisiones paritarias de los convenios colectivos y que se extiende, en este caso, a un acuerdo colectivo en un procedimiento de despido colectivo.

En este sentido, no puede desconocerse que dentro del contenido del derecho de libertad sindical se reconoce el de la negociación colectiva. Sea de manera común a cualquier sindicato, en tanto que se considera que forma parte de la actividad sindical definida en el art. 2.2 d) LOLS^[1]; sea de manera más concreta, respecto a los sindicatos más representativos, en cuanto que éstos gozarán de capacidad representativa en los términos recogidos en el Estatuto de los trabajadores, de conformidad con lo previsto en el art. 6.3 b) de la misma norma.

En esta línea, el propio TC en sentencia 208/1993, de 28 de junio, entre otras, ha venido señalando a la negociación colectiva como un “instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo” vinculada, en gran medida, a la acción sindical (v.gr. STC 8/2015, de 22 de enero).

Debe llamarse la atención de que se refiere a negociación colectiva, en un contexto amplio, esto es, que no se limita a la negociación de convenios colectivos, sino a cualquier resultado o proceso fruto de la intervención negocial de los sujetos colectivos en el marco de las relaciones laborales, con el ánimo de alcanzar un acuerdo de naturaleza también colectiva. Y es que, “Aunque nuestra Constitución recoge el derecho a la negociación colectiva, no lo hace en términos tan concretos como para que con sus solas prescripciones pueda resolverse un tema como el presente. La Ley Fundamental no contiene un modelo cerrado de negociación colectiva, sino que en múltiples cuestiones el legislador puede adoptar lícitamente muy diversas posiciones (por todas, STC 119/2014, de 16 de julio)” -STS 1053/2023, de 30 de noviembre de 2023-.

A tal efecto, en un proceso de negociación, como el que se desarrolla en el contexto de un ERE, no puede obviarse que deben tenerse presente los mismos criterios interpretativos que se han asentado para la negociación de un convenio colectivo, porque el acuerdo colectivo que puede alcanzarse en el primero, comparte la naturaleza de producto de la negociación colectiva, que se desprende del segundo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 420/2024, de 5 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 94/2022.

ECLI:ES:TS:2024:1252

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema que se suscita es bien simple, reconducible a los siguientes parámetros básicos:

1. *Negociación en el contexto de un ERE*

En el marco de un despido colectivo se acuerda por una amplia mayoría del banco social, un acuerdo en el período de consultas, un acuerdo que no es suscrito por la sección de UGT en la empresa. La ausencia de suscripción por esta organización sindical no impide que ésta solicite estar presente en la Comisión de Seguimiento del acuerdo, entendiendo que, de una parte, dicha comisión ha tenido facultades negociadoras y, de otra que, en consecuencia, se vulnera su derecho de libertad sindical.

2. *Diferencias entre comisiones interpretativas y de aplicación y comisiones negociadoras*

Precisamente, esta es la distinción que, como será objeto de análisis, determina la existencia o no de una vulneración del derecho a la negociación colectiva en cuanto contenido del derecho de libertad sindical.

En síntesis, el problema suscitado se centra en una cuestión básica: ¿es posible excluir a un sindicato no firmante de un acuerdo colectivo en una comisión de

seguimiento del mismo? Respuesta que vendrá dada, precisamente, por el alcance y facultades que se le reconocen a dicha comisión, de manera que resulta esencial, en este contexto, la descripción fáctica del supuesto, de forma que se pueda identificar, o no, el carácter de comisión negociadora (en la que tienen que estar todos los sujetos con legitimación negocial), o el de comisión de interpretación, administración y aplicación (en la que no es necesaria ni obligatoria tal presencia).

IV. Posición de las partes

El sindicato recurrente, UGT, entiende, de manera cumulativa, que se cumplen tres parámetros coincidentes con el problema suscitado y señalado en el epígrafe precedente, y que puede resumirse en los siguientes aspectos:

a) Los hechos descritos en la sentencia no reflejan, con exactitud, las funciones desarrolladas por la comisión;

b) La revisión de hechos pretendida conduciría a pensar que la reiterada comisión tenía un carácter negociador;

c) Resulta indiferente, en tales circunstancias, que el sindicato haya suscrito o no el acuerdo, en tanto que en una comisión deben estar presentes todas las organizaciones legitimadas, siendo su exclusión contraria lo previsto en los arts. 28 y 37 de la Constitución y de la doctrina del TS que invoca.

Por su parte, tanto la empresa, Ibercaja Banco SA, como otras organizaciones sindicales, ASIPA-CIC y APECA-FINE se oponen a esta interpretación, entendiendo que la comisión carece de tales funciones negociadoras y, en consecuencia, UGT carece del derecho a formar parte de la misma. Posición que comparte el Ministerio Fiscal.

V. Normativa aplicable al caso

Aunque la sentencia no incluye más que la referencia de los artículos 28 y 37 CE y la doctrina que se elabora a partir de los mismos, parece adecuado, para la comprensión del caso, hacer una alusión más completa a la totalidad de preceptos que pueden verse afectados:

- Art. 28.1 CE: “Todos tienen derecho a sindicarse libremente [...] La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”.
- Art. 37.1 CE: “La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”.
- Art. 2.2.d) LOLS: “El ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella, que comprenderá, en todo caso, el derecho a la negociación colectiva [...]”
- Art. 6.3 c) LOLS: “Las organizaciones que tengan la consideración de sindicato más representativo según el número anterior, gozarán de capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales para [...] b) La negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores”.
- Art. 87 ET: “1. En representación de los trabajadores estarán legitimados para negociar en los convenios de empresa y de ámbito inferior, el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité [...] 2. En los convenios sectoriales estarán legitimados para negociar en representación de los trabajadores: a) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos [...]”.

- Art. 88 ET: "1. El reparto de miembros con voz y voto en el seno de la comisión negociadora se efectuará con respeto al derecho de todos los legitimados según el artículo anterior y en proporción a su representatividad".

VI. Doctrina básica

La misma resolución analizada señala en su fundamento jurídico quinto la doctrina básica de referencia -doctrina que se reitera entre otras, por la ya citada STS 1053/2023, de 30 de noviembre de 2023 sobre la que más adelante se volverá- y que, en síntesis, se resume en lo siguiente: en el marco de la negociación colectiva, la presencia de un sindicato en una comisión solo es obligatoria cuando ésta tiene funciones negociadoras, no así cuando carece de las mismas, en cuyo caso, la composición se limita a los firmantes del pacto de la que se deriva aquella.

Y este mismo efecto se produce, según la STS 807/2020, de 29 de septiembre, ya que, en los supuestos de "exclusión de un sindicato que no ha firmado el acuerdo alcanzado en un despido colectivo, de la comisión de seguimiento de dicho acuerdo, es legítima y no vulnera la libertad sindical".

VII. Parte dispositiva

La sentencia comentada llega a una conclusión y es, como hemos reflejado, que no existe vulneración del derecho de libertad sindical por exclusión de un sindicato no firmante de un acuerdo -en un período de consultas de un despido colectivo-, de su comisión de seguimiento. Y ello porque se acreditan dos razones:

La revisión de hechos probados no prosperó, por lo que no se ha demostrado que la comisión tuviera funciones negociadoras;

Las partes, al aprobar el acuerdo por mayoría, pueden decidir que la composición de la comisión se conforma por los sujetos firmantes en proporción a su representatividad, sin que la exclusión del no firmante implique una vulneración de su derecho de libertad sindical.

En tal caso, se desestima la pretensión del sindicato recurrente entendiendo perfectamente legítima la exclusión de éste de la reiterada comisión de seguimiento.

VIII. Pasajes decisivos

De manera sucesiva, podemos destacar los siguientes pasajes:

- "La sentencia del TS 267/2023, de 12 de abril (rec. 4/2021) compendia la doctrina sobre la materia:

"La exclusión de un sindicato de algunas comisiones creadas por un pacto que ni firmó, ni asumió después por adhesión, puede llegar a constituir lesión del derecho de libertad sindical, si ello implica un desconocimiento, o al menos, una limitación del derecho a la negociación colectiva.

Esta limitación inconstitucional del derecho del sindicato a participar en una comisión determinada se produce cuando concurren dos circunstancias: de una parte, que el sindicato esté legitimado para negociar y, de otra, que se trate de comisiones con función negociadora, entendiendo por tal la capacidad de establecer modificaciones del convenio o nuevas normas no contenidas en el mismo.

Cuando no concurren las anteriores circunstancias, los signatarios de un convenio colectivo, en uso de la autonomía colectiva, pueden prever la creación de comisiones reservadas a quienes suscribieron el convenio, en tanto que "no tengan funciones reguladoras en sentido propio, pero sin que hayan de restringirse tampoco[...] a la mera función de interpretación o administración de la regla establecida en convenio colectivo".

Si bien ex art. 85 ET se admite que las partes firmantes de un Convenio Colectivo puedan crear comisiones ad hoc no sólo para la interpretación y administración del convenio, sino también para ejercer funciones que vayan más allá de aquellos cometidos, el TC ha establecido la doctrina -iniciada con la STC 73/1984- de que si bien las comisiones "negociadoras" son de libre creación, la libertad de las partes se ve restringida en la medida en que no resulta posible atribuir funciones modificadoras de condiciones de trabajo a comisiones "cerradas" o de composición restringida, excluyendo a aquellos sindicatos que tengan legitimación para negociar".

- "En el acuerdo alcanzado en el seno del procedimiento de despido colectivo se acordó crear una comisión de seguimiento con las funciones consistentes en "la interpretación, aplicación e información sobre todos los aspectos contenidos en el presente acuerdo, así como para el seguimiento sobre el funcionamiento del plan de recolocación".

El relato de hechos probados no contiene afirmación alguna de la que se pueda inferir que la citada comisión de seguimiento del acuerdo alcanzado en el despido colectivo haya llevado a cabo funciones negociadoras y no meramente aplicadoras del citado acuerdo, que el sindicato FeSMC-UGT no suscribió, lo que impide estimar este motivo.

Si en un procedimiento de despido colectivo se alcanza un acuerdo entre la empresa y los sindicatos [...] que representan en su conjunto al 78,65% de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal del ámbito de afectación del despido; en virtud del cual acuerdan crear una comisión de seguimiento para interpretar y aplicar dicho acuerdo, la empresa y esos sindicatos pueden pactar que endicha comisión se integren las secciones sindicales firmantes en proporción a su representatividad.

La exclusión de UGT de la comisión de seguimiento de ese acuerdo que no firmó es legítima y no vulnera su libertad sindical al haberse limitado a interpretar y aplicar el citado acuerdo, sin que se haya acreditado que llevase a cabo funciones negociadoras".

- "reiterada doctrina jurisprudencial [por todas, sentencias del TS 559/2022, de 17 de junio (rec. 56/2021); 267/2023, de 12 de abril (rec. 4/2021); y 577/2023, de 21 de septiembre (rec. 292/2021)], ha declarado que la exclusión de un sindicato de algunas comisiones creadas por un pacto que no firmó, no vulnera su libertad sindical cuando esas comisiones no desempeñan funciones reguladoras en sentido propio.

Hemos explicado que la doctrina jurisprudencial [sentencia del TS 807/2020, de 29 de septiembre (rcud36/2020, Pleno)] sostiene que la exclusión de un sindicato que no ha firmado el acuerdo alcanzado en un despido colectivo, de la comisión de seguimiento de dicho acuerdo, es legítima y no vulnera la libertad sindical.

- En la presente litis, la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT) se negó a firmar el acuerdo alcanzado en el despido colectivo, por lo que la exclusión de ese sindicato de la comisión de seguimiento, que se ha limitado a interpretarlo y aplicarlo, no vulnera su libertad sindical".

IX. Comentario

Como expresamente se ha señalado por la doctrina de manera certera debemos partir de varias premisas para distinguir las comisiones que pueden considerarse estrictamente de seguimiento, de aquellas que tienen funciones negociadoras:

"la administración del convenio se refiere a todas las cuestiones de aplicación o de interpretación del mismo y a la adaptación de sus contenidos a problemas no previstos en el convenio o según datos objetivos y prefijados; constituyendo siempre una actuación interna dirigida a actualizar la voluntad contractual expresada en el convenio. La CP, desarrollando esta actividad, se convierte en

un instrumento de aplicación funcional posterior al acuerdo pero en estrecha relación con el mismo, o el conjunto de actos que están dirigidos a conseguir que la realidad en conexión con la norma se conforme de acuerdo con lo establecido. Por el contrario, esas mismas resoluciones declaran que se está en presencia de facultades negociadoras cuando el conflicto se suscita en relación con la modificación de las condiciones pactadas, introduciendo nuevas reglas o normas para regular las relaciones laborales en cuanto a las condiciones de trabajo aplicables. cualquiera que sea el instrumento de negociación colectiva ante el que nos encontremos, si a este se le va a dar naturaleza estatutaria [...]"

"A este respecto hay que recordar que la mayor parte de los conflictos suscitados ante la jurisdicción social acerca de la naturaleza de las competencias de la CP se han originado como consecuencia de la exclusión de esta tarea de la CP de un sujeto colectivo legitimado para negociar en el ámbito correspondiente; con el pretexto de que, al no ser firmante del convenio, no puede pretender la presencia en un órgano que el convenio crea. Esta línea argumental excluyente, absolutamente consolidada STCO 9/1986, 39/1986, 213/1991, de 11 de noviembre), tiene, sin embargo, la cara opuesta de cuando las funciones de la CP son de naturaleza negociadora [...]"^[2]

A tal efecto, la jurisprudencia viene resolviendo esta cuestión mediante la exclusión de los sujetos no firmantes en las comisiones estrictas de administración y aplicación de lo pactado^[3]. De este modo, partiendo de las SSTC 73/1984 y 184/1991 y la doctrina que en ella se establece, las SSTS 8 abril 2013 (rec. 281/2011), 14 mayo 2013 (rec. 276/2011) y 21 octubre 2013 (rec. 104/2013) recopilan la doctrina sobre libertad sindical y composición de las Comisiones creadas por el Convenio colectivo y resultan determinantes para fijar los criterios al respecto^[4], como expresamente se vuelve a reproducir, entre otras, en la STS 1053/2023, de 30 de noviembre de 2023 que, al amparo de aquellas resoluciones y la STS de 3 febrero 2015 (rec. 64/2014), concreta una regla básica sobre el particular: "a la hora de decidir acerca del carácter negociador o no de una determinada comisión, el derecho fundamental de libertad sindical impone que el criterio interpretativo haya de ser necesariamente favorable al ejercicio de aquel derecho. De este modo, en los supuestos dudosos ha de resolverse a favor de su consideración negociadora, de la que debe hacerse -por ello- una interpretación extensiva, favoreciendo así el derecho de libertad sindical y la participación del Sindicato no suscriptor del Convenio en una comisión que presenta visos negociadores"^[5].

Ello supone, en esencia, que muy clara tiene que ser la apuesta por el carácter no negociador de la comisión, basada en la ausencia de un relato fáctico suficiente como para acreditar tal naturaleza. Y es ésta, precisamente, la motivación que lleva a la sentencia que nos ocupa, a resolver de un modo concreto. Esto es, que finalmente son, como no puede ser de otro modo, los hechos los determinantes de una u otra solución, de manera que aun partiendo de la regla general que distingue entre uno y otro tipo de comisión, será la realidad fáctica la que nos sitúe frente a una u otra. Y, en consecuencia, a la posibilidad, o no, de exclusión de un sujeto con legitimidad negociadora sin que implique una vulneración del derecho de libertad sindical si se trata de un sindicato.

X. Apunte final

Así, finalmente "las resoluciones judiciales han concluido que, debido al carácter creador de normas de la CP, que amplía sus funciones más allá de las que le son típicas de administración, deben estar presentes en el proceso negociador todos los sujetos legitimados conforme a las reglas contenidas en los arts. 87 a 89 ET, es decir, las reglas de legitimación exigidas para la suscripción de un convenio colectivo estatutario. Pero en realidad, si bien se piensa, lo que el TCO resuelve es el derecho de los sujetos representativos excluidos a participar en las labores de la CP cuando ésta asume funciones negociadoras o creadoras de reglas, considerando conculcado el derecho a la negociación y a la libertad sindical [...]"

Y, en conclusión “para las primeras, a la CP paritaria le basta la legitimación y la representatividad que le transmite la comisión negociadora y los sujetos firmantes del convenio, para la segunda esas exigencias pueden no estar cumplidas si se excluye de la negociación a sujetos colectivos legitimados para hacerlo de conformidad con los arts. 87 a 89 ET”^[6]

No obstante, no resulta clara la distinción entre los distintos tipos de comisiones, por más que desde un plano estrictamente teórico así lo parezca. Será cada supuesto de hecho el que permita una u otra identificación, lo que “ha llevado a la doctrina, con buen criterio, a precisar una relación de actividades de la Comisión Paritaria susceptibles de adscribirse a una u otra función [...] De este modo, se consideran labores de administración del convenio las que, como complemento del mismo, suponen la interpretación del convenio colectivo y deciden sobre su aplicación; las tareas de gestión de la información sobre circunstancias de la empresa; el conocimiento de datos sobre seguridad y salud o sobre empleo y contratación; la elaboración de estudios e informes acerca de cuestiones abordadas por el convenio tales como la clasificación profesional; la gestión de una bolsa de trabajo o de un fondo social; la aplicación del plan de formación de la empresa; la actualización normativa exigida por el cambio legal; incluso la gestión de complementos salariales siempre que esa gestión solo suponga la aplicación material de criterios objetivos establecidos en el convenio; la vigilancia, seguimiento y control de la aplicación del convenio; la solución de conflictos; la revisión parcial del convenio siempre de aparezca determinada por criterios convencionales prefijados y objetivos.

Frente a las manifestaciones enumeradas, se ha entendido que la Comisión Paritaria tendrá atribuidas competencias negociadoras cuando, en relación con cualquier materia del convenio colectivo, y mucho más si esa materia no aparece regulada por él, introduce nuevas reglas, criterios, principios y exigencias que el convenio no ha previsto ni siquiera con carácter general fijando determinados parámetros, objetivos, referencias y límites que la Comisión Paritaria haya de respetar, ya se trate de cuestiones vinculadas con la movilidad, retribución, clasificación profesional, productividad, seguridad e higiene, régimen disciplinario; o también cuando la labor de adaptación del convenio, que también podría ser solo una función de gestión, se convierte en normativa al conllevar nuevas regulaciones con una cierta carga de novedad en relación con lo previsto en el convenio colectivo. De manera que lo importante para calificar una determinada actividad de la Comisión Paritaria como de negociación y no solo de administración del convenio es, precisamente, su virtualidad innovadora del ordenamiento convencional”^[7]

Será, por tanto, la confrontación de la realidad de cada caso al listado antes enunciado, o a una ampliación del mismo, el que nos permita distinguir la naturaleza de la comisión, recordando, como se ha establecido por la doctrina jurisprudencial, que en supuestos dudosos se deberá entender que ésta tiene funciones negociadoras. Todo ello en un contexto que pretende garantizar el derecho fundamental de libertad sindical, si bien, en la interpretación del Tribunal en esta sentencia, no es el escenario reconocido para las circunstancias específicamente analizadas.

Referencias:

1. ^ Como expresamente se ha reconocido también de un modo clásico y habitual en la doctrina: vid. por todos, Valdés Dal-Ré, F. “El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 19-20, 1990, págs. 94 a 96.

2. ^ González Ortega, S. "La comisión paritaria del convenio colectivo", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº. 120/2013, págs. 305 a 310.
3. ^ V.gr. Preciado Domènech, C.H. "Registro de jornada y negociación colectiva" *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 5/2022 (https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2022-00000001865); Álvarez, A. "Libertad sindical, negociación colectiva y comisión paritaria. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4032/2022, de 31 de octubre ECLI:ES:TS:2022:4032", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº. 170/2023. Págs. 151-162.
4. ^ De manera extensa la resolución establece que "La exclusión de un sindicato de algunas comisiones creadas por un pacto que ni firmó, ni asumió después por adhesión, puede llegar a constituir lesión del derecho de libertad sindical, si ello implica un desconocimiento, o al menos, una limitación del derecho a la negociación colectiva.* Esta limitación inconstitucional del derecho del sindicato a participar en una comisión determinada se produce cuando concurren dos circunstancias: de una parte, que el sindicato esté legitimado para negociar y, de otra, que se trate de comisiones con función negociadora, entendiendo por tal la capacidad de establecer modificaciones del convenio o nuevas normas no contenidas en el mismo.* Cuando no concurren las anteriores circunstancias, los signatarios de un convenio colectivo, en uso de la autonomía colectiva, pueden prever la creación de comisiones reservadas a quienes suscribieron el convenio, en tanto que "no tengan funciones reguladoras en sentido propio, pero sin que hayan de restringirse tampoco, (...) a la mera función de interpretación o administración de la regla establecida en convenio colectivo".* Si bien ex art. 85 ET se admite que las partes firmantes de un Convenio Colectivo puedan crear comisiones ad hoc no sólo para la interpretación y administración del convenio, sino también para ejercer funciones que vayan más allá de aquellos cometidos, el TC ha establecido la doctrina -iniciada con la STC 73/1984- de que si bien las comisiones "negociadoras" son de libre creación, la libertad de las partes se ve restringida en la medida en que no resulta posible atribuir funciones modificadoras de condiciones de trabajo a comisiones "cerradas" o de composición restringida, excluyendo a aquellos sindicatos que tengan legitimación para negociar".
5. ^ Junto a ésta regla, se plantean tres más: "Primera.- la exclusión de un Sindicato no firmante del Convenio para formar parte de cualquiera de sus comisiones de "administración" es totalmente legítima y no vulnera la libertad sindical, en tanto no se acredite que tal diferencia contraría un derecho, o bien se presente desproporcionada o irracional. La situación no varía por el hecho de que el sindicato haya participado activamente en la negociación y finalmente haya rechazado la firma del acuerdo alcanzado.Segunda.- son las concretas circunstancias del supuesto [cometido de la comisión; número de miembros integrantes; funcionalidad o disfuncionalidad de una mayor representatividad, etc.] las que en su caso -sobre la base del primordial dato de que el Sindicato no haya querido suscribir el Convenio Colectivo- habrán de evidenciar si la exclusión de la organización que se haya negado a firmar pudiera no ofrecer justificación objetiva y razonable.Tercera.- no parece congruente que pretenda administrar un pacto quien ni tan siquiera lo ha aceptado, a la par que tampoco puede negarse -por ser doctrina constitucional y reiterado criterio de esta Sala- que la actuación de las comisiones no negociadoras "hayan

de restringirse ... a la mera función de interpretación o administración de la regla establecida en convenio colectivo".

6. ^ González Ortega, S. *loc. cit.*
7. ^ García Quiñones, J.C. "Las Comisiones Paritarias en el ordenamiento jurídico español: virtualidad y potencialidad dentro del contexto de la negociación colectiva", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 4, núm. 2, abril/junio de 2016, págs. 74 y 75.

§ 37 **Nuevas fricciones entre el derecho internacional del trabajo y nuestro derecho interno: ¿Debe ser pagada la retribución de las vacaciones antes de su disfrute?**

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Galicia).

Resumen: *La retribución de las vacaciones ha generado numerosísimos pleitos, en su mayoría para determinar su cuantía correcta. Sin embargo (y salvo error por mi parte), la cuestión de cuándo se paga la retribución de las vacaciones es un tema judicial inédito. La Sentencia 440/2024, de 7 de marzo, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, objeto de comentario, resuelve que la retribución de las vacaciones deberá ser pagada durante su disfrute, de conformidad con el artículo 7.2 del Convenio 132 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre las vacaciones pagadas (1970), en relación con el artículo 7.1 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Con esta respuesta judicial, se plantea la cuestión de si la retribución de las vacaciones debería ser pagada antes de su disfrute, que es lo que establece el artículo 7.2 del Convenio 132 OIT.*

Palabras clave: *Retribución de las vacaciones. Momento del pago.*

Abstract: *Vacation pay has generated numerous lawsuits and sentences, mostly to determine its correct amount. However (unless I am mistaken), the question of when vacation pay is paid is an unprecedented judicial issue. Sentence 440/2024, of March 7, of the Social Chamber of the Supreme Court, subject of comment, resolves that remuneration for vacations must be paid during their enjoyment, in accordance with article 7.2 of Convention 132 of the International Labor Organization, on paid vacations (1970), in relation to article 7.1 of Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of November 4, 2003, relating to certain aspects of the organization of working time. With this judicial response, the question arises as to whether the remuneration for vacations should be paid before they are enjoyed, which is what article 7.2 of ILO Convention 132 establishes.*

Keywords: *Vacation retribution. Time of payment.*

I. Introducción

La retribución de las vacaciones ha generado numerosísimos pleitos, en su mayoría para determinar su cuantía correcta. Inicialmente, el Tribunal Supremo siguió una doctrina restrictiva donde se daba prevalencia a los convenios colectivos sobre lo establecido en el artículo 7, apartado 1, del Convenio 132 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre las vacaciones pagadas (1970), que alude al concepto de “retribución normal o media”. Pero el TJUE puso límite a esta doctrina al considerar

que ninguna disposición o práctica nacional puede excluir las comisiones de la retribución de las vacaciones, ni tampoco cualquier otra retribución variable que se devengue en jornada ordinaria (STJUE de 22 de mayo de 2014, Caso Lock, C-539/12). El Tribunal Supremo se vio compelido a un cambio de doctrina que se plasmó en dos Sentencias del Pleno de la Sala de lo Social de 8 de junio de 2016 (RCUD 112/2015 Contact Center y RCUD 207/2016 Telefónica Móviles). Desde entonces, la jurisprudencia ha acudido al concepto de "remuneración normal o media" a que se hace referencia en el citado artículo 7.1 del Convenio 132 OIT (aunque solo como un criterio general, lo que a día de hoy suscita aún algunas críticas en la doctrina científica).

Sin embargo (y salvo error por mi parte), la cuestión de cuándo se paga la retribución de las vacaciones es un tema judicial inédito en la jurisprudencia del TS, aunque también aparece regulado en el artículo 7 del Convenio 132 OIT, en este caso en su apartado 2, donde lo que se establece es lo siguiente: "El monto debido en virtud del párrafo 1 deberá ser pagado a la persona empleada interesada antes de sus vacaciones, a menos que se haya previsto de otro modo en un acuerdo que vincule al empleador y a dicha persona".

La sentencia objeto de comentario aborda esta cuestión dentro de los términos en los cuales se ha planteado el debate litigioso y lo hace, como no podía ser de otro modo, aplicando el artículo 7, apartado 2, del Convenio 132 OIT y poniéndolo en relación con el artículo 7.1 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, según la interpretación dada precisamente en la antes citada STJUE Caso Lock.

Dentro de los términos en los cuales se ha planteado el debate, y sobre la base de las normas supranacionales citadas, la sentencia comentada resuelve que la retribución de las vacaciones deberá ser pagada durante su disfrute. Con esta respuesta judicial, se plantea la cuestión de si la retribución de las vacaciones debería ser pagada antes de su disfrute, que es lo que establece, en su estricta literalidad, el artículo 7.2 del Convenio 132 OIT.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 440/2024, de 7 de marzo

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de Casación 69/2022.

ECLI:ES:TS:2024:1521

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excma. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Demanda, proceso y sentencia en la instancia

La Confederación General del Trabajo (en adelante CGT) presentó demanda de conflicto colectivo frente a Transcom Worldwide Spain SLU (en adelante TRANSCOM) y como partes interesadas la Confederación Sindical Comisiones Obreras (en adelante CCOO), Unión General de Trabajadores (en adelante UGT), Unión Sindical Obrera (en adelante USO), Central Sindical Independiente de Funcionarios (CSI-F) y Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones (en adelante STC), de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que terminó suplicando se dictara sentencia por la que: "se reconozca el derecho de los trabajadores/as afectados por el presente

conflicto a que la empresa TRANSCOM les abone la retribución completa e íntegra de las vacaciones -computando la jornada ampliada realizada a lo largo del año- en el momento en que disfrutan las vacaciones y no en otro posterior (y) como consecuencia de lo anterior, se condene a la empresa a abonar a los trabajadores/as afectados por el presente conflicto la retribución completa e íntegra de vacaciones -computando la jornada ampliada realizada a lo largo del año- en el momento en que disfrutan de las vacaciones y no en otro”.

Tramitado el oportuno proceso judicial ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dicha Sala de lo Social dictó Sentencia núm. 240/2021, el 11 de noviembre de 2021, en la que, apreciando la excepción de cosa juzgada, desestimó íntegramente la demanda, formulada por CGT -a la que se adhirieron CCOO, UGT, USO, CSI-F y STC-.

2. Sentencia anterior que lleva a apreciar cosa juzgada

Previamente al anterior proceso, y también ante la Audiencia Nacional, se había seguido otro proceso de conflicto colectivo que había concluido por Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2020, recurso de casación 172/2018, en donde, con estimación del recurso interpuesto por la CGT, se estimaba en parte la demanda formulada por dicha central sindical a la que se habían adherido CCOO, UGT, USO, CSI-F y el Sindicato de Comisiones de Base (CO.BAS), frente TRANSCOM, declarando “el derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto a que en la retribución de sus vacaciones se tengan en cuenta las ampliaciones de jornada que se realicen a lo largo del año aunque no subsistan en la fecha del disfrute vacacional, de forma que se promedie el salario percibido en los once meses correspondientes a la anualidad de cada período vacacional retribuido, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración”.

IV. Posición de las partes

La Sentencia núm. 240/2021, de 11 de noviembre, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que, apreciando la excepción de cosa juzgada, se desestimó íntegramente la demanda, fue recurrida en casación por la parte demandante CGT, así como por CSIF. Ambos recursos de casación alegan la vulneración del artículo 222 de la LEC, que regula la institución de la cosa juzgada, al considerar que en el caso no procede.

Además, el recurso de la CSIF plantea un segundo motivo sobre la cuestión de fondo, lo que va a resultar decisivo pues el Tribunal Supremo desestima la excepción de cosa juzgada, y la existencia de este segundo motivo le permite entrar en la cuestión de fondo.

La USO se adhirió a ambos recursos de casación.

La empresa demandada ha impugnado los dos recursos a medio de escrito, argumentado, en línea con la decisión de la sentencia recurrida, que hay la triple identidad del artículo 222 de la LEC en relación con la anterior sentencia del Tribunal Supremo.

El Ministerio emitió informe en el sentido de que el recurso no puede prosperar, puesto que lo solicitado en la demanda fue resuelto en la anterior sentencia del Tribunal Supremo.

V. Normativa aplicable al caso

— Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 222: “1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo ... 3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes ... 4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada

en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en 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".

— Convenio 132 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre las vacaciones pagadas (1970), art. 7: "1. Toda persona que tome vacaciones de conformidad con las disposiciones del presente Convenio percibirá, por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado. 2. El monto debido en virtud del párrafo 1 deberá ser pagado a la persona empleada interesada antes de sus vacaciones, a menos que se haya previsto de otro modo en un acuerdo que vincule al empleador y a dicha persona".

— Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, art. 7.1: "Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales".

VI. Doctrina básica

En el caso enjuiciado, y ante la irregularidad de las jornadas en trabajos a tiempo parcial, la empresa calculaba la retribución de las vacaciones durante su disfrute sobre una cuantía provisional, a la espera de regularización definitiva a finales de año y el abono de las diferencias en la nómina de enero del año siguiente, con lo cual una parte de la retribución de las vacaciones no se abonaba durante su disfrute, sino con posterioridad.

La sentencia comentada rechaza esta práctica y, dentro de los términos en los cuales se planteó el debate, impone el pago de la retribución completa e íntegra de las vacaciones en el momento en que se disfruta de tales vacaciones y no en otro momento posterior.

VII. Parte dispositiva

(1) Estimar los recursos de casación interpuestos por la CGT y por la CSI-F, contra la Sentencia núm. 240/2021, de 11 de noviembre, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento de conflicto colectivo seguido a instancia de la CGT frente a la empresa TRANSCOM. (2) Casar y anular dicha sentencia, desestimando la excepción de cosa juzgada y, en su lugar, estimando la demanda de conflicto colectivo a instancia de la CGT frente a la empresa TRANSCOM, debemos declarar y declaramos el derecho de los trabajadores/as afectados por el presente conflicto a que la empresa TRANSCOM les abone la retribución completa e íntegra de las vacaciones, computando la jornada ampliada realizada a lo largo del período de los once meses correspondientes a la anualidad de devengo de las vacaciones, en el momento en que disfrutaban las vacaciones y no en otro posterior y, como consecuencia de lo anterior, se condena a la empresa a abonar a los trabajadores/as afectados por el presente conflicto la retribución completa e íntegra de vacaciones, computando la jornada ampliada realizada a lo largo de ese período, en el momento en que disfrutaban de las vacaciones y no en otro. (3) Sin imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

1. Sobre la excepción de cosa juzgada

"El efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, según reiterada jurisprudencia, impide a los Tribunales de Justicia pronunciarse de nuevo sobre un asunto ya resuelto

por sentencia firme. Por ello exige que entre el caso resuelto por la primera sentencia y el planteado de nuevo en un posterior proceso, concurre identidad objetiva y extiende sus efectos no solo a las partes del proceso en que se dicta la sentencia firme, sino también a sus herederos y causahabientes y a los sujetos, no litigantes, titulares, por sucesión del objeto debatido en el proceso. El efecto positivo de la cosa juzgada no exige la identidad objetiva que es propia del efecto negativo y que, de darse, excluiría el segundo proceso según dispone el artículo 222.1 LEC (STS de 23 de febrero de 2018, rcud. 2907/2015).

“La cosa juzgada tiene, pues, un doble efecto, negativo o excluyente de nuevo enjuiciamiento cuando media identidad absoluta de los elementos de la pretensión (referido art. 222.1 LEC) y positivo o prejudicial cuando aquella «plena identidad» no existe, tan solo se exige la identidad subjetiva, consistente en la «vinculación» a la resolución del «antecedente lógico» (art. 222.4 de la LEC)”.

“Sobre la identidad subjetiva, no hay duda, la parte demandante es la central sindical CGT en ambas demandas y la demandada es la empresa TRANSCOM. La controversia se plantea fundamentalmente en relación a la identidad objetiva”.

“... De lo declarado por esta Sala en la sentencia núm. 394/2020, de 22 de mayo (r. 172/2018) ... no se puede deducir que la cuestión ahora planteada ha sido objeto de enjuiciamiento en ella, pues del hecho de reconocer que las vacaciones se deben retribuir teniendo en cuenta las ampliaciones de jornada realizadas y percibidas a lo largo de los once meses correspondientes a la anualidad del devengo vacacional retribuido, no cabe inferir o extraer que se resolvió el momento en que dicha retribución (las de las vacaciones) debe ser liquidada. La discusión estuvo única y exclusivamente centrada en la incidencia que sobre la retribución de las vacaciones puedan tener las diversas ampliaciones de jornada que puedan efectuarse, a lo largo del año, a los trabajadores a tiempo parcial”.

“Tampoco concurre la misma causa de pedir, ya que la inclusión de lo percibido por las referidas ampliaciones de jornadas tuvo su razón de decidir en el art. 7.1 del Convenio núm. 132 de la OIT ... Y la presente demanda se funda en el apartado segundo ...”.

2. Sobre el fondo del asunto

“El (artículo 7.2 del Convenio 132) ... establece como momento del pago, uno anterior a las vacaciones ... la retribución a la que tiene derecho toda persona trabajadora durante el período de sus vacaciones es la ordinaria o habitual que, en este caso, es la resultante de promediar la que hubiere recibido a lo largo de los once meses correspondientes a la anualidad de devengo vacacional retribuido, por el concepto de ampliación de jornada, lo que no significa que se deba acudir al promedio dentro de cada año natural, antes y después del disfrute de las vacaciones, sino que el «período de los once meses correspondientes a la anualidad de devengo de las vacaciones», viene referido al período inmediatamente anterior a ese disfrute, para así simultanear el disfrute de las vacaciones con el percibo de esa retribución media durante las mismas, sin perjuicio de que se hubiera llegado a un acuerdo entre la empresa y los trabajadores para disponer otro momento de pago, lo que no consta. Por consiguiente, la pretensión de la demanda relativa a que se abone ese promedio en el momento en que se disfrutaban las vacaciones y no en otro posterior es plenamente ajustada a lo preceptuado en el artículo 7 del Convenio 132”.

“Debe añadirse, por último, que el derecho a vacaciones retribuidas conforme ha resaltado el TJUE, por todas en la sentencia de 22-5-2014 asunto Lock C-539/12, debe ser interpretado de forma que, la expresión «vacaciones anuales retribuidas» que figura en el art. 7.1 de la Directiva 2003/88/ significa que, mientras duren las vacaciones anuales en el sentido de la Directiva, debe mantenerse la retribución. En otras palabras, el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso y mientras las disfruta. En consecuencia, la retribución que el trabajador ha de percibir en el período vacacional en el que obviamente no presta servicios y, es por

ello un periodo de tiempo en el que no genera retribución por las ampliaciones de jornada que sí realiza en el periodo de devengo de esas vacaciones, ha de estar necesariamente integrada por ese concepto”.

IX. Comentario

Se encuentra lo más novedoso de la sentencia comentada en la resolución del fondo del asunto. Pero para llegar a ello debe superar previamente la excepción de la cosa juzgada que fue estimada en la sentencia de instancia. En este aspecto, la sentencia comentada discurre por sendas bien conocidas con sustento en lo establecido en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la jurisprudencia que lo interpreta, acerca del distinto alcance del efecto negativo de la cosa juzgada (prohibición de *non bis in idem*, o exclusión de un posterior juicio sobre lo mismo resuelto en sentencia firme) y de su efecto positivo (prejudicialidad o vinculación de la decisión de un proceso con lo resuelto en una sentencia firme siempre que lo resuelto en esta sea antecedente lógico de aquella decisión). Pues bien, el efecto negativo exige una triple identidad de sujetos, objeto y causa de pedir entre el anterior proceso resuelto en sentencia firme y el proceso en curso, a diferencia del efecto positivo que solo exige una vinculación lógica entre ambos objetos procesales. A partir de estos mimbres, la sentencia comentada aprecia, en el caso de autos, la ausencia de cosa juzgada en sentido negativo, que es lo que avalaría la excepción de cosa juzgada, pues, aunque coinciden los sujetos, no hay coincidencia ni de objeto ni de causa de pedir: en cuanto al objeto, porque lo resuelto en anterior sentencia sobre la cuantía de la retribución de las vacaciones difiere de lo reclamado en el presente juicio referido al momento de pago de la retribución; y en cuanto la causa de pedir porque la cuantía de la retribución aparece regulada en el artículo 7.1 del Convenio 132 OIT, y el momento de pago en el artículo 7.2.

La desestimación de la excepción de cosa juzgada apreciada en la sentencia de instancia y la alegación en uno de los recursos de casación de motivos relativos al fondo del litigio, abrió la posibilidad de que la sentencia comentada entrase en ese fondo del litigio, siendo aquí donde está lo novedoso de su doctrina al abordar la cuestión del momento del pago de la retribución de vacaciones, cuestión inédita en nuestra jurisprudencia social.

Al respecto, la sentencia comentada sustenta su decisión en lo establecido en el artículo 7, apartado 2, del Convenio 132 OIT: “El monto debido en virtud del párrafo 1 deberá ser pagado a la persona empleada interesada antes de sus vacaciones, a menos que se haya previsto de otro modo en un acuerdo que vincule al empleador y a dicha persona”. Se trata de una norma que podemos tildar de clásica y que además se reitera en el artículo 7.2 del Convenio 146 OIT sobre las vacaciones anuales pagadas (gente de mar) (1976).

La justificación de esta previsión se encuentra en el previsible incremento de gastos que el disfrute de las vacaciones seguramente le va a reportar a la persona trabajadora y a los que se intenta coadyuvar anticipando el pago de la retribución de las vacaciones. Ciertamente, la anticipación puede traer consigo problemas de gestión derivados de que las vacaciones se rigen por el principio de interanualidad, así como económicos pues obliga a las empresas a disponer de una liquididad extra en los periodos prevacacionales, y acaso estas u otras razones han determinado el carácter dispositivo de la previsión: “a menos que se haya previsto de otro modo en un acuerdo que vincule al empleador y a dicha persona”.

Sin embargo, ni el Estatuto de los Trabajadores, ni tampoco la negociación colectiva (es la tónica absolutamente general, sin perjuicio de que pueda haber algún caso en que se transcriba lo establecido en la norma internacional), establecen la obligatoriedad de anticipar la retribución de las vacaciones, y esto en la práctica se interpreta en el sentido de que para la retribución de las vacaciones se sigue el mismo criterio que para la retribución de periodos no vacacionales, esto es a mes vencido: se trata del denominado principio de post-remuneración que obedece a la lógica de que primero se trabaja y luego se cobra.

¿Quiere este silencio decir que el ET y la negociación colectiva que lo desarrolla están haciendo uso de la cláusula de descuelgue establecida en el artículo 7.2 del Convenio 132 OIT? Permítasenos dudar. Primero, porque la previsión internacional exige, para habilitar el descuelgue, que haya “un acuerdo” donde se excepcione el pago anticipado de la retribución de las vacaciones, y el silencio no es “un acuerdo”; además, no hay ninguna norma heterónoma donde se diga que se excluye el anticipo de la retribución de las vacaciones, ni tampoco es claro que una tal norma tenga la misma validez que “un acuerdo”.

Y segundo, porque el principio de post-remuneración, en el cual se asienta la ordenación del salario en nuestro sistema laboral, en modo alguno excluye la obligación de anticipar la retribución de las vacaciones, y ello por la potísima razón de que las vacaciones se devengan, en todo o cuando menos en parte, a consecuencia del trabajo previamente prestado, de ahí que su retribución anticipada supone, en esos mismos términos, retribuir lo ya trabajado. Ciertamente y dado el principio de interanualidad de las vacaciones, estas se pueden disfrutar también en parte en función del trabajo que previsiblemente se prestará hasta finales del año natural, pero esto no es motivo, a nuestro juicio, para rechazar de plano la regla general. En todo caso, el principio de post-remuneración nunca justificaría no anticipar la retribución del periodo de las vacaciones correspondiente a trabajos previamente prestados al inicio de su disfrute, que usualmente es la mayor parte, sino todo.

Además, y si alguna duda quedase sobre la aplicación de la regla general de anticipación de la retribución contenida en el artículo 7.2 del Convenio 132 OIT, la sentencia comentada la viene a disipar pues la aplica con total naturalidad, sin cuestionarse ni la eficacia de la norma internacional en nuestro derecho interno, ni el alcance de su previsión.

No se desconoce que la sentencia comentada no resuelve que la retribución de las vacaciones deba ser anticipada a su disfrute, ni en su fallo, ni en la fundamentación jurídica justificativa de su fallo (*ratio decidendi*). Lo que se resuelve es que la retribución de las vacaciones se deberá abonar mientras se disfrutan, conclusión corroborada con la invocación de la doctrina de la STJUE de 22 de mayo de 2014, Caso Lock, C-539/12.

Pero ello es porque lo que lo pedido es que la retribución de las vacaciones sea efectiva durante su disfrute. En el caso, las personas trabajadoras afectadas por el conflicto colectivo eran a tiempo parcial con ampliaciones de jornada irregulares, y, por esa circunstancia, la empresa les abonaba la retribución de las vacaciones provisionalmente calculada sobre una cuantía que se regularizaba definitivamente a finales de año, abonándose en enero del año siguiente las diferencias derivadas de esa regularización. Y en el caso lo que se resuelve es que esto es contrario a lo establecido en el artículo 7.2 del Convenio 132 OIT y, por ende, al Derecho de la Unión. A los efectos de ajustar su actuación a estas normas, la empresa debe retribuir las vacaciones durante su disfrute atendiendo a una cuantía que considere lo percibido en el período, inmediatamente anterior a ese disfrute, de los once meses correspondientes a la anualidad de devengo de las vacaciones.

Queda saber cuál sería el resultado si se pidiese en toda su extensión lo que establece el artículo 7.2 del Convenio 132 OIT. Aunque, si, en línea con la sentencia comentada, no se cuestiona ni la eficacia de la norma internacional en nuestro derecho interno, ni el alcance de su previsión, el resultado no debería diferir en absoluto de su estricta literalidad.

X. Apunte final

La sentencia comentada pone encima de la mesa una nueva fricción entre las normas supranacionales de derecho del trabajo y nuestro ordenamiento jurídico que el Tribunal Supremo ha resuelto, en este caso, con la aplicación sin más matización de lo establecido en el artículo 7.2 del Convenio 132 OIT: “El monto debido en virtud del párrafo 1 deberá ser pagado a la persona empleada interesada antes de sus

vacaciones, a menos que se haya previsto de otro modo en un acuerdo que vincule al empleador y a dicha persona".

No debe haber duda, tras la sentencia comentada, de la aplicación de la previsión internacional en aquellos casos, que probablemente no serán pocos, semejantes al que resuelve: irregularidad de la jornada de trabajo en trabajos a tiempo parcial (también en trabajos a tiempo completo, aunque las irregularidades potencialmente serán menores); ante tal irregularidad, la empresa calcula la retribución de las vacaciones durante su disfrute sobre una cuantía provisional, previsiblemente mínima; ello a la espera de regularización definitiva a final de año. En estos casos, la aplicación de la previsión internacional impide esa práctica empresarial, salvo acuerdo en contrario, y, salvo tal acuerdo, conduce, como nos enseña la sentencia comentada, a calcular la retribución de las vacaciones durante su disfrute atendiendo a los once meses de devengo de las vacaciones anteriores a su disfrute.

Queda saber si se aplicaría también la previsión internacional si lo pedido hubiera sido lo mismo que se deduce de su estricta literalidad: la anticipación de la retribución al disfrute de las vacaciones. Por lo pronto, y a salvo el acuerdo en contrario que la misma previsión internacional contempla, no parece haber motivos serios para responder negativamente.

§ 38 Los vigilantes de seguridad y el uso de la corbata en verano: una sentencia procesal.

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social (TSJ de Madrid).

Resumen: La Sala Cuarta se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el impacto que produce las formas de vestir sobre los derechos laborales y fundamentales de las personas trabajadoras. En esta ocasión tiene la oportunidad de analizar si la inclusión de la corbata dentro del uniforme de los vigilantes de seguridad de unos conocidos grandes almacenes, usada durante el tiempo de verano, atenta contra sus derechos fundamentales en los términos que perseguían los representantes de los trabajadores. Además, aprovecha la ocasión para recordar y actualizar su doctrina sobre ciertas cuestiones procesales en relación con el acceso al recurso.

Palabras clave: Derechos de los trabajadores. Vigilantes de Seguridad. Acceso al recurso.

Abstract: The Fourth Chamber has ruled on numerous occasions on the impact of the ways of dressing on the labour and fundamental rights of workers. On this occasion, he has the opportunity to analyse whether the inclusion of the tie in the uniform of the security guards of a well-known department store, worn during the summer time, violates his fundamental rights in the terms sought by the workers' representatives. In addition, the High Court takes the opportunity to recall and update its doctrine on certain procedural issues on access to the remedy.

Keywords: Workers' rights. Security Guards. Access to the resource.

I. Introducción

Cuestiones que parecen intrascendentes, por cotidianas, como el tipo de peinado, el vestido, o el calzado pueden impactar sobre los derechos de los trabajadores de formas y maneras que a veces ni imaginaríamos, pues como bien dice la sabiduría popular "la realidad siempre supera la ficción". Y es que resulta en el caso que nos ocupa que el cotidiano ritual de vestir el uniforme profesional por el cuerpo de vigilantes de seguridad de unos grandes almacenes se torna en conflicto colectivo al llegar el verano; reclamando este conjunto de trabajadores de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que durante los meses estivales se les exonere de portar la controvertida prenda.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia número 457/2024, de 12 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 27/2022.

ECLI:ES:TS 2024:608

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. Don Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

- Supuesto de hecho.

Aborda la Sala en la sentencia comentada el recurso de casación presentado por la representación sindical de los trabajadores frente a la sentencia dictada por Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en autos de conflicto colectivo^[1], en la que se persigue se declare el derecho de los vigilantes de seguridad que prestan sus servicios en unos conocidos grandes almacenes a no vestir con corbata durante los meses de verano.

Resulta relevante para la comprensión del conflicto reseñar que en el mes de febrero de 2021 la Jefatura de la Unidad Central de Seguridad Privada autorizó a la empresa de seguridad de dichos centros el uso de la uniformidad entre las que se incluía la corbata, alcanzado pocos meses después UGT y la patronal un acuerdo en cuya virtud la compañía exoneraba al personal de vigilancia, por razones climatológicas, así como por condiciones de refrigeración y climatización de determinadas dependencias, del uso durante el verano de la controvertida prenda en instalaciones tales como almacenes, muelles parkings, zonas de obras, zonas comerciales fuera de las horas de apertura al público u obras.

La Sala de instancia desestimó la demanda razonando que la misma se adecuaba al contenido del artículo 22.2 de la Orden INT/318/2011 de 1 de febrero, sobre personal de seguridad privada, pues es facultad del empresario adoptar una medida como la que nos ocupa; no quedando lesionados los derechos fundamentales de las personas trabajadoras afectadas por el conflicto a su salud y dignidad personal en la medida en que prestan sus servicios en instalaciones con adecuadas medidas de climatización; habiendo previsto el acuerdo más arriba referido la posibilidad de no portar la corbata durante los meses estivales en instalaciones de uso restringido al público, o con deficientes condiciones de refrigeración.

IV. Posición de las partes

Recorre en casación el sindicato actor destinando la totalidad de su recurso al examen del derecho sustantivo aplicado por la Sala de instancia, denunciando, en primer término, como infringido el artículo 22.2 de la Orden INT/318/2011 en relación con la STS de 31 de enero de 2000, rec.2330/1990; para a continuación sostener que la aplicación que se efectúa sobre el oficio emitido con fecha 16 de febrero de 2021 por el Comisario (en el que se autorizaba la petición de uniformidad efectuada por la mercantil) no invalidaba la Orden referenciada en el punto anterior, y que si bien autorizaba a portar la corbata como prenda de uniformidad, no especificaba que debiera serlo en la estación del año del verano.

Se oponen a la estimación del recurso el Ministerio Fiscal y la entidad empleadora en términos similares, argumentando defectos en el modo de construir el recurso al no haber sido citada disposición normativa alguna, sino administrativa; no respondiendo la sentencia precitada a un supuesto de hecho similar al que ahora nos ocupa, en la medida en que aquélla se limitaba a abordar la cuestión relativa a la competencia del orden social para conocer de la demanda.

V. Normativa aplicable al caso

Como hemos adelantado, la Sala interpreta esencialmente los siguientes preceptos:

- El artículo 22 de la Orden INT/318/2011 de 1 de febrero que establece que “la composición del uniforme de los vigilantes de seguridad, en cuanto a la combinación de las distintas prendas de vestir, se determinará por cada empresa de seguridad, en función de su conveniencia o necesidades, de las condiciones de trabajo, de la estación del año y de otras posibles circunstancias de orden funcional, laboral o personal. En todo caso, el uniforme, como ropa de trabajo, estará adaptado a la persona, deberá respetar, en todo momento, su dignidad y posibilitar la elección entre las distintas modalidades cuando se trate de prendas tradicionalmente asociadas a uno de los sexos”.

- Se analiza también el artículo 210.2 de la LRJS en cuya virtud “En el escrito se expresarán por separado, con el necesario rigor y claridad, cada uno de los motivos de casación, por el orden señalado en el artículo 207, razonando la pertinencia y fundamentación de los mismos y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas, así como, en el caso de invocación de quebranto de doctrina jurisprudencial, de las concretas resoluciones que establezcan la doctrina invocada y, en particular, los siguientes extremos:

a) En los motivos basados en infracción de las normas y garantías procesales, deberá consignarse la protesta, solicitud de subsanación o recurso destinados a subsanar la falta o trasgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello y el efecto de indefensión producido.

b) En los motivos basados en error de hecho en la apreciación de la prueba deberán señalarse de modo preciso cada uno de los documentos en que se fundamente y el concreto extremo a que se refiere, ofreciendo la formulación alternativa de los hechos probados que se propugna”.

VI. Doctrina básica

El Alto Tribunal tiene ocasión de examinar en la sentencia anotada cuestiones tanto de naturaleza sustantiva como procesal.

Respecto de las primeras, descarta el análisis de una norma ciertamente particular, la Orden INT/318/2011 de 1 de febrero, sobre personal de seguridad privada, que en su artículo 22.2 dispone que la composición de las piezas que pueden integrar el uniforme de trabajo de los vigilantes de seguridad es competencia exclusiva del empresario, con la sola restricción de estar adaptado a la persona trabajadora, respetar su dignidad y posibilitar la elección entre distintos tipos de prendas para adaptar a la preferencias dentro de los distintos sexos. Habiendo alcanzado las partes social y patronal un acuerdo que permite de manera excepcional no portar la referida prenda cuando por razones excepcionales climatológicas, de refrigeración de las instalaciones o ciertas condiciones laborales; así como en dependencias (muelles de cargas, parkings...) o ciertas situaciones de no contacto con el público (como la vigilancia nocturna).

En relación con las segundas, analiza la posibilidad de fundamentar un motivo de recurso destinado a la denuncia de infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate sobre normas con rango reglamentario. La Sala, recordando su doctrina precedente^[2] y pese a lo sostenido por el Ministerio Fiscal, insiste en la admisibilidad de tal cita para sostener el motivo de recurso disciplinado en el artículo 207.e) de la LRJS.

También trata la Sala lo que ha de entenderse por jurisprudencia, concluyendo que para que estemos en presencia de tal es preciso que se trate de un criterio “reiterado” del Tribunal, no pudiendo atribuirse tal condición a un pronunciamiento aislado.

VII. Parte dispositiva

Atendiendo a lo expuesto, la Sala desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad demandada, confirmando y declarando la firmeza de la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 22 de octubre de 2021 en autos de conflicto colectivo 219/2021.

VIII. Pasajes decisivos

Concentra el Tribunal sus razonamientos jurídicos más relevantes en los puntos 2 y 3 del fundamento de derecho segundo, donde sintetiza su doctrina unificada sobre las cuestiones que se tratan.

IX. Comentario

I. El impacto del vestir sobre los derechos de los trabajadores y la conservación del empleo ya ha alcanzado a los órganos jurisdiccionales en diversas ocasiones. Baste para ello recordar, entre otras, las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja^[3] que abordaron el despido disciplinario de tres trabajadoras de una empresa dedicada a la recolección del champiñón. Las tres, se negaban a recogerse el velo islámico (hiyab) por dentro de la redecilla higiénica situada por debajo del gorro proporcionado por la empleadora, y que se incluía como medida de seguridad y salud dentro del plan de prevención de riesgos elaborado por la primera para el puesto de peones por ellas ocupado; circunstancia que era conocida por aquéllas desde el momento de su contratación al haber recibido la preceptiva formación en materia preventiva. Accionan las actoras frente a su despido alegando la lesión de su derecho fundamental de libertad religiosa, viendo desestimada su pretensión primero en instancia, y más tarde en sede suplicatoria, por cuanto no resultó acreditado la presencia de móvil espurio alguno en el proceder empresarial tendente a proporcionarlas un trato distinto al ofrecido por la compañía respecto del resto de su plantilla en materia preventiva por el solo hecho de profesar el islam. Por el contrario, se parte de una realidad bien distinta cual es que su proceder se impulsa, o determina, por el deber que sobre él pesa de proteger y salvaguardar la vida y la salud de sus trabajadores, no manifestando que respecto de quienes profesaran otro credo, fueras agnósticos o no manifestaran sus creencias actuara de una manera diferente en materia preventiva.

También en relación con el uso del velo islámico encontramos la Sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Palma de Mallorca^[4] relativa a trabajadora del sector de handling, más concretamente del servicio de atención al cliente del aeropuerto de Palma que en un determinado momento comunicó a su compañía empleadora su decisión de hacer en adelante uso del velo islámico durante la jornada de trabajo, lo que le fue autorizado en tanto se efectuaba consulta a las oficinas de la empresa en Madrid. Unos días después la empresa decidió no permitirle el uso del pañuelo por no incluirse dentro de la uniformidad y poder ocasionar algún problema con los clientes. La juzgadora acoge la pretensión de la actora razonando que el uso del hiyab no puede ser equiparado a un complemento o moda, no resultando acreditado que su uso determine perjuicio alguno para la compañía.

Con dimensión europea cabe referirnos a las SSTJUE recaídas en los asuntos C-157/2015 y 188/2015 de 14 de marzo de 2017 que examinaban si el reglamento interno de una empresa que prohíbe a sus trabajadores llevar signos visibles de naturaleza política, filosófica o religiosa en el lugar de trabajo, en relación con la prohibición de la medida consistente en que una trabajadora porte el vejeo islámico, ha de ser calificado como un acto de discriminación directa; concluyendo la Gran Sala que la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o

religioso en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones en el sentido de esta Directiva? En cambio, tal norma interna de una empresa privada puede constituir una discriminación indirecta en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas, salvo que pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, como el seguimiento por parte del empresario de un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa en las relaciones con sus clientes, y que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios, extremos que corresponderá comprobar al tribunal remitente.

En relación con el uso de la corbata podemos encontrar también diversas resoluciones que examinan supuestos en que dicha prenda cobra un insólito protagonismo. En la Sentencia de 11 de septiembre de 2001 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, RSU.2859/2001 se examinaba el despido disciplinario de un comercial que tras ser requerido en diversas ocasiones para que acudiera al centro de trabajo vistiendo “chaqueta y corbata” es despedido. La Sala territorial rechaza la calificación de improcedencia del despido del trabajador por diversos motivos, pero en lo que ahora interesa ofrece un, cuanto menos poco frecuente, razonamiento acerca de lo apropiado, o no, del vestir del actor y de quienes le rodean en el centro de trabajo indicando que “si bien es lo cierto no puede considerarse como causa de despido el que el actor acudiera a su puesto de trabajo sin vestir chaqueta y corbata, cuando no ha acreditado la empresa, a la que corresponde la carga de la prueba, la necesidad de tal vestimenta, ni que se hubiera exigido contractualmente la misma, ni que los demás compañeros del actor la utilizaran, ni ninguna circunstancia adicional de la que pudiera colegirse que el actor no vestía correctamente o que en los ambientes en los que se movía la utilización de las mencionadas prendas fuera imprescindible, no es menos cierto que no basa el Juzgador a quo la procedencia del despido en tal hecho...”.

Para terminar, y también en relación con el uso de la corbata y si bien el recurso se desestima por cuestiones de índole procesal, es la del mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de marzo de 2007, RSU.608/2007 que examina, la sanción impuesta por una empresa de autobuses a un empleado entre otros hechos por presentarse al servicio sin portar la corbata.

II. Como hemos podido comprobar, la vestimenta en el trabajo guarda directa relación con una pluralidad de dimensiones, tales como la identidad de la compañía o la imagen que aquélla quiere proyectar frente a su clientela o terceros; la salvaguarda de los derechos de los trabajadores mediante la selección de los apropiados equipos de trabajo; o el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos.

En el caso que nos ocupa nos hallamos frente a un concreto colectivo, el de vigilantes de seguridad, cuyo régimen jurídico se contiene en la Orden INT/318/2011, de 1 de febrero, sobre personal de seguridad privada cuyo artículo 22, bajo la rúbrica “uniformidad” deposita sobre la empresa la composición de las distintas prendas que compondrán el uniforme de trabajo en función de su conveniencia o necesidades, de las condiciones de trabajo, de la estación del año y de otras posibles circunstancias de orden funcional, laboral o personal. Añade la norma que en todo caso el uniforme estará adaptado a la persona, deberá respetar, en todo momento, su dignidad y posibilitar la elección entre las distintas modalidades cuando se trate de prendas tradicionalmente asociadas a uno de los sexos. Por tanto, la concreción de la uniformidad en cada compañía es competencia de cada empresa, no estando reservada a la negociación con la representación de los trabajadores, estando limitada la autonomía empresarial únicamente por las circunstancias enunciadas en la orden, y evidentemente por el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores. Es precisamente por la no constatación de la infracción de esta disposición por la que la Sala Cuarta desestima el primero de los motivos de recurso contruidos por el sindicato actor, en tanto que como hemos anticipado más arriba no cabe exigir a la

empresa demandada mayores compromisos que los impuestos por la Orden, habiendo excepcionado las partes social y patronal el uso de la corbata en circunstancias excepcionales.

III. Mayor interés que la cuestión anterior presenta el análisis del segundo de los motivos de recurso, pues no son muchas las sentencias “procesales” de la Sala, siendo dos las cuestiones que en esta ocasión aborda.

En primer lugar, se cuestiona si cabe citar una norma con rango reglamentario para fundamenta fundamentar un motivo de infracción jurídica en los términos del 207.e de la LRJS. Y la respuesta ha de ser afirmativa si tal disposición se halla publicada en el BOE (así lo establecieron las SSTs de 18 de febrero de 2002, rcud 1470/2001 y de 17 de diciembre de 2002, rcud.850/2002).

A continuación se trata de una cuestión que por sencilla no es menor: lo que ha de entenderse por jurisprudencia. El artículo 1.6 del Código Civil que estudiamos al comenzar nuestros estudios de Derecho proclama que será tal la que “que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. Y es preciso insistir en la expresión “de modo reiterado”, pues como bien precisa la Sala en la resolución anotada “La segunda razón es que la jurisprudencia que se invoca por la recurrente no es tal. En efecto, la STS 31 enero de 2000, Rec. 2330/199, no contiene un criterio reiterado por esta Sala, como exige el art. 1.6 CC (vid. STS núm. 717/2019, de 22 de octubre, Rec.78/2018 y STS 25 de abril de 2019, Rec.204/2018, entre otras muchas). Pero lo que es más importante, dicha sentencia no resuelve en el fondo cuestión alguna como la que es objeto del presente caso, pues la misma se limita a desestimar la excepción de falta de jurisdicción del orden social aducida por la empresa al desestimar el recurso por no alegarse ninguna norma del ordenamiento jurídico o jurisprudencia que la sentencia recurrida hubiera infringido, sin entrar a resolver, como decíamos, sobre el fondo del conflicto. De añadido, en el caso que resuelve dicha sentencia la controversia versaba sobre la uniformidad de los vigilantes de Seguridad, pero estaba regulada entonces en la Orden de 7 de julio de 1995, norma que fue derogada por la Disposición Derogatoria Única de la Orden INT/318/2011, de 1 de febrero, y que por tanto no se aplicaría al presente caso”.

El último razonamiento por el que rechaza la Sala el segundo de los motivos de recurso responde al defectuoso modo con que se construye, no respetando las exigencias del artículo 210.2 de la norma adjetiva laboral, que exige que en el escrito de interposición se exprese cada uno de los motivos de casación por el orden señalado en el art. 207 LRJS, razonando la pertinencia y fundamentación de los mismos y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas. Es cierto que no ahonda la Sala en su razonamiento, pero también lo es lo conocida de su doctrina relativa a los requisitos que ha de reunir que el recurso que nos ocupa^[5]

X. Apunte final

La sentencia que comentamos encierra doctrina más trascendente de lo que aparentemente aparecería a una primera lectura. La cuestión de fondo se mostraría casi como un trampantojo, pues detrás de un conflicto de vestuario afloran cuestiones procesales de mucho mayor calado. La parquedad de los términos del texto tampoco ha de confundirnos, porque no siempre lo extenso es sinónimo de complejo, ni lo breve de simple o sencillo.

La importancia de las cuestiones procesales a veces es olvidada por los operadores jurídicos, cargando sus esfuerzos en ofrecer interpretaciones casi circenses de las normas sustantivas, olvidando que el orden procesal es cuestión de orden público^[6]; que ha de ser controlado por los órganos jurisdiccionales de oficio, en cualquier momento y, evidentemente, con carácter previo a cualquier otra actuación procesal previa al pronunciamiento sobre el fondo del litigio. Una correcta construcción de la litis favorecerá no solo un adecuado transitar del procedimiento,

sino una más ajustada a derecho respuesta de los tribunales, y una mayor satisfacción de los intereses de los justiciables.

Referencias:

1. ^ Sentencia 222/2021, de 22 de octubre, autos de conflicto colectivo 219/2021.
2. ^ SSTs de 17 de diciembre de 2002, rcud.850/2002; de 18 de febrero de 2002, rcud.1470/2001; de 30 de enero de 1995, rec.2809/1993 o más reciente la de 31 de enero de 2000, rec.2330/1990.
3. ^ Sentencias de 131, 132 y 133/2017, de 22 de junio RSU.178/2017, 179/2017 y 181/2017.
4. ^ Sentencia de 1 del 06 de febrero de 2017
5. ^ A este respecto conviene recordar la doctrina de la Sala Cuarta sentada entre otras muchas, en la STS 172/2020 de 26 febrero de Pleno, rec. 160/2019, que viene insistiendo en la necesidad de que el escrito cumpla de modo razonable con los requisitos formales que impone aquel precepto legal. A título de ejemplo baste citar alguno de los precedentes que en las antedichas sentencias hemos invocado: A) La STS de 15 junio 2004 (rec.103/2004) desestima el recurso, al entender que se produce un incumplimiento manifiesto e insubsanable de los requisitos establecidos para recurrir, en tanto que, ni señala cuáles son los motivos por los que encauza el recurso, ni cita de manera clara y concreta qué preceptos considera infringidos, ni menos aún razona por qué y en qué sentido lo han sido. Con cita de numerosos antecedentes, se argumenta la necesidad de que se cumpla con las exigencias legales: "Y es que, si así no hubiera de hacerse, se produciría un doble resultado pernicioso para los principios que deben regir el proceso y para la finalidad que éste está llamado a cumplir. Por un lado, se estaría pretendiendo que fuera el propio Tribunal quien tuviera que construir y fundamentar el recurso, con la consiguiente pérdida de la obligada neutralidad de aquél: la construcción y argumentación del recurso únicamente a la parte recurrente incumbe; y por otro, la decisión del recurso que hubiera de adoptar el órgano jurisdiccional en estas condiciones, necesariamente habría causado indefensión a la parte recurrida, porque le habría impedido conocer con la debida claridad y precisión el sentido y alcance de la tesis de su contrincante, de suerte que no hubiera podido rebatirla con la necesaria seguridad y eficacia". B) En la STS de 24 noviembre 2009 (23/2009) hay nuevamente una detallada exposición sobre la necesidad de establecer y justificar la causa de impugnación de la sentencia recurrida. Esta exigencia no se cumple con sólo indicar los preceptos que se consideren aplicables, sino que es requisito ineludible para su correcta observancia razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia. C) En la STS 4 noviembre 2010 (rec. 65/2010) se invocan diversos precedentes, insistiendo en la idea de que " para cumplir con el requisito de la fundamentación de la infracción legal es necesario no sólo citar los preceptos que se consideren infringidos, sino también razonar la pertinencia y fundamentos de la infracción en forma suficiente". D) Del mismo modo, la STS 26 junio 2013 (rec. 165/2011) invoca numerosos

precedentes para reiterar la necesidad de cumplir las exigencias legales, al margen de la mayor o menor extensión formal que el escrito presente: "No se cumple con sólo indicar los preceptos que se consideran aplicables, sino que además, al estar en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a los diferentes pronunciamientos judiciales, es requisito ineludible razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia". En STS 8/3/2018, rec. 29/2017, citando las anteriores de 15/12/2016, rec. 264/2015; 17/5/2017, rec. 240/2016; 17-10-2017, nº 803/2017, rec. 1663/2015 - entre otras muchas-, esta Sala viene reiterando de manera uniforme una serie de principios sobre la adecuada formalización del recurso de casación, que podemos sintetizar de la siguiente forma: 1º) "Siempre que está en juego el acceso a la jurisdicción, los Tribunales vienen obligados a no realizar una interpretación rigorista o formalista de las exigencias legales, permitiendo incluso la subsanación de los defectos no esenciales en que haya podido incurrir la parte. Al mismo tiempo, es claro que los requisitos establecidos por las normas procesales cumplen un importante papel para garantizar derechos ajenos, permitir la contradicción y propiciar una tutela judicial acorde con los trazos del Estado de Derecho. Esa tensión entre flexibilidad y cumplimiento de lo importante se proyecta de modo específico cuando hay que examinar la concurrencia de los requisitos de un recurso de casación". 2º) "No debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano; por todas, véanse las SSTC 18/1993, 37/1995, 135/1998 y 163/1999. Dicho de otro modo: los requisitos procesales que condicionan el acceso a los recursos legalmente establecidos han de ser interpretados a la luz del derecho fundamental del artículo 24.1 y "en el sentido más favorable a su efectividad, de modo que tales requisitos no se conviertan en meras trabas formales o en exigencias que supongan un obstáculo injustificado" (SSTC 5/1988, de 21 de enero, y 176/1990, de 12 de noviembre). 3º) Pero esto no supone que pueda ser admisible cualquier escrito de recurso que no cumpla adecuadamente con las exigencias formales requeridas en los arts. 207 y 210 LRJS, en tanto que son consustanciales a ese instituto procesal y adquieren una especial relevancia en razón de su naturaleza extraordinaria. 4º) Razón por la que debe desestimarse cualquier defectuoso escrito que incumpla de forma grave e insubsanable la obligación de expresar por separado cada uno de los motivos de casación y exponer con el necesario rigor y claridad las causas de impugnación de la sentencia, razonado la pertinencia y fundamentación de cada motivo, con argumentación y alusión suficiente al contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, y mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas (STS 23 septiembre 2014, rec. 66/2014)." Exigencia con la que no se pretende aplicar al recurrente un rigorismo puramente formal, que sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE, sino, bien al contrario, garantizar ese mismo derecho a los recurridos, en tanto que la estimación de un recurso que ha sido defectuosamente planteado supone dejar en indefensión a la parte contraria, en cuanto obliga al Tribunal a adoptar postura de parte para subsanar de oficio los defectos en los que haya

podido incurrir el recurrente, viéndose obligado a identificar las normas legales que no han sido invocadas en el recurso cuya posible infracción dé lugar a casar la sentencia, y al hilo de ello construir los argumentos jurídicos que conducen a su vulneración que no fueron articulados por la recurrente, privando de esta forma a la recurrida de la posibilidad de defenderse de unas alegaciones que ni tan siquiera habían sido esgrimidas en el escrito de recurso. La Sala también ha explicado con reiteración que todo lo anterior se debe a que no puede perder el Tribunal su imparcialidad, supliendo la inactividad de una de las partes por la vía de construir de oficio la fundamentación de la infracción legal, lo que causaría indefensión a la otra parte y lesionaría su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). Remitimos, entre muchas, a las SSTS 559/2017, 27 de junio de 2017 (rcud 1735/2015), 699/2020, 22 de julio de 2020 (rcud 418/2018), 724/2020, 23 de julio de 2020 (rcud 2389/2018), 97/2021, 27 de enero de 2021 (rcud 1863/2018) y a las por ellas citadas. También ha defendido el TS en STS 30 de noviembre de 2021, rcud. 1793/2019, que no debe exigirse de modo rigorista y formalista el cumplimiento de los requisitos citados, siempre que quede clara la infracción denunciada y no se genere indefensión a la contraparte. Así, hemos dicho en múltiples sentencias (por todas STS 8/3/2018, rec.29/2017, citando las anteriores de 15/12/2016, rec. 264/2015; 17/5/2017, rec. 240/2016; 17-10-2017, nº 803/2017, rec. 1663/2015, entre otras muchas) que "Siempre que está en juego el acceso a la jurisdicción, los Tribunales vienen obligados a no realizar una interpretación rigorista o formalista de las exigencias legales, permitiendo incluso la subsanación de los defectos no esenciales en que haya podido incurrir la parte. Al mismo tiempo, es claro que los requisitos establecidos por las normas procesales cumplen un importante papel para garantizar derechos ajenos, permitir la contradicción y propiciar una tutela judicial acorde con los trazos del Estado de Derecho. Esa tensión entre flexibilidad y cumplimiento de lo importante se proyecta de modo específico cuando hay que examinar la concurrencia de los requisitos de un recurso de casación". 2º) "No debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano; por todas, véanse las SSTC 18/1993, 37/1995, 135/1998 y 163/1999. Dicho de otro modo: los requisitos procesales que condicionan el acceso a los recursos legalmente establecidos han de ser interpretados a la luz del derecho fundamental del artículo 24.1 y "en el sentido más favorable a su efectividad, de modo que tales requisitos no se conviertan en meras trabas formales o en exigencias que supongan un obstáculo injustificado" (SSTC 5/1988, de 21 de enero, y 176/1990, de 12 de noviembre). 3º) Pero esto no supone que pueda ser admisible cualquier escrito de recurso que no cumpla adecuadamente con las exigencias formales requeridas en los arts. 207 y 210 LRJS, en tanto que son consustanciales a ese instituto procesal y adquieren una especial relevancia en razón de su naturaleza extraordinaria. 4º) Razón por la que debe desestimarse cualquier defectuoso escrito que incumpla de forma grave e insubsanable la obligación de expresar por separado cada uno de los motivos de casación y exponer con el necesario rigor y claridad las causas de impugnación de la sentencia, razonado la pertinencia y fundamentación de cada motivo, con argumentación y alusión suficiente al

contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, y mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas (STS 23 septiembre 2014, rec.66/2014)." Exigencia con la que no se pretende aplicar al recurrente un rigorismo puramente formal, que sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE, sino, bien al contrario, garantizar ese mismo derecho a los recurridos, en tanto que la estimación de un recurso que ha sido defectuosamente planteado supone dejar en indefensión a la parte contraria, en cuanto obliga al Tribunal a adoptar postura de parte para subsanar de oficio los defectos en los que haya podido incurrir el recurrente, viéndose obligado a identificar las normas legales que no han sido invocadas en el recurso cuya posible infracción dé lugar a casar la sentencia, y al hilo de ello construir los argumentos jurídicos que conducen a su vulneración que no fueron articulados por la recurrente, privando de esta forma a la recurrida de la posibilidad de defenderse de unas alegaciones que ni tan siquiera habían sido esgrimidas en el escrito de recurso. 5. La Sala considera que, si bien el motivo tiene una redacción manifiestamente mejorable, consideramos que es suficientemente claro y no provoca indefensión a la contraparte, por cuanto defiende básicamente que, el excedente no tiene un derecho mecánico a la reincorporación tras la finalización del período de excedencia, que está condicionado a la existencia de vacante adecuada, de manera que, cuando se solicita la reincorporación y la empresa la niega por inexistencia de vacante, el hecho de que reconozca en conciliación que se ha producido un despido y admita su improcedencia, no comporta en absoluto que el trabajador sea considerado en alta o en situación asimilada al alta, puesto que no fue readmitido por la empresa, quien no le abonó, siquiera, salarios de tramitación. Consideramos, por tanto, que el recurso ha cumplido básicamente con las exigencias de las normas mencionadas más arriba y no han generado ningún tipo de indefensión a la demandante, quien ha impugnado debidamente el recurso de casación, como razonaremos a continuación. El examen de la competencia objetiva es una cuestión de orden público procesal que debe examinarse de oficio porque "se encuentra en juego el derecho al juez natural predeterminado por la Ley que forma parte del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva (art. 24-2 de la Constitución)" [sentencia del TS 578/2019 de 11 julio (rec.58/2018)].

6. ^ El examen de la competencia objetiva es una cuestión de orden público procesal que debe examinarse de oficio porque "se encuentra en juego el derecho al juez natural predeterminado por la Ley que forma parte del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva (art. 24-2 de la Constitución)" [sentencia del TS 578/2019 de 11 julio (rec.58/2018)].

§ 39 Permiso laboral retribuido para acompañamiento médico de familiar previsto en el plan de igualdad: condiciones para su reconocimiento.

Belén García Romero

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

Resumen: El Tribunal Supremo resuelve la controversia relativa a la interpretación de un precepto del Plan de Igualdad de una empresa, en la que se reconoce un permiso retribuido para acompañamiento de familiar a consulta médica. Aplicando los criterios de interpretación de los convenios colectivos, concluye que cuando se trate de hijos, hijas, padre, madre y personas dependientes, únicamente procede cuando aquellas estén cargo de la persona trabajadora.

Palabras clave: Plan de igualdad. Permiso laboral retribuido. Conciliación vida laboral y familiar. Acompañamiento al médico de familiar.

Abstract: The Supreme Court resolves the controversy regarding the interpretation of a provision of a company's Equality Plan, which recognises paid leave for accompanying a family member to medical care. Applying the criteria for the interpretation of collective agreements, it concludes that in the case of sons, daughters, fathers, mothers and dependents, it is only applicable when they are in the care of the worker.

Keywords: Equality plan. Paid leave. Reconciliation of work and family life. Accompanying a family member to the doctor.

I. Introducción

La presente sentencia resuelve tres recursos de casación interpuestos en el marco de un procedimiento de conflicto colectivo frente a la Sentencia número 220/2021, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 21 de octubre de 2021.

En este caso, se discute la extensión de las medidas de conciliación previstas en el plan de igualdad de la empresa; concretamente, la relativa al permiso laboral retribuido para acompañamiento de familiar a consulta médica. Para la interpretación del precepto controvertido, la Sala IV del Tribunal Supremo únicamente aplica su propia doctrina relativa a la interpretación de los convenios colectivos, sin que se sienta vinculada por la solución contenida en otras sentencias anteriores de la propia Sala en las que se ha debatido acerca del alcance de otros derechos de conciliación de origen convencional, al estimar que se trata de hechos y preceptos distintos al del supuesto analizado.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 496/2024, de 20 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 79/2022.

ECLI:ES:TS:2024:1793.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

La cuestión a resolver en los tres recursos de casación interpuestos radica en determinar si las personas trabajadoras incluidas en el ámbito del conflicto colectivo tienen derecho al acompañamiento al médico del padre o la madre, sin que sea necesario que los mismos estén a cargo de la persona trabajadora, ni sean dependientes, y, consecuentemente con lo anterior, que se condene a la empresa a estar y pasar por esta declaración.

2. Antecedentes de hecho

El 30 de junio de 2021, el sindicato CCOO formuló demanda de conflicto colectivo contra la mercantil SERVIFORM, SA, a la que se adhirieron los sindicatos ELA, FI-USO, UGT y CSIF que versa sobre la interpretación de una concreta medida de conciliación contenida en el Plan de Igualdad, dado que la empresa no está permitiendo el uso de la bolsa de horas para acompañamiento del padre o la madre de los trabajadores, si ellos no son dependientes.

En su demanda pedía que "(...) se declare el derecho de las personas trabajadoras al disfrute de las 35 horas para acompañamiento al médico del padre o la madre, sin que sea necesario que los mismos estén a cargo de la persona trabajadora, ni sean dependientes, y en consecuencia con lo anterior que se condene a la empresa a estar y pasar por esta declaración".

Dicho conflicto afecta a todos los trabajadores de dicha entidad que tiene centros de trabajo situados en diversas Comunidades Autónomas, siendo, por tanto, competente para resolver el litigio en la instancia la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Este órgano judicial dictó sentencia el 21 de octubre de 2021, desestimando la demanda.

Como hechos probados, la mencionada sentencia expresa el contenido del artículo 28.2 del Convenio colectivo de Contact Center, el contenido del Plan de Igualdad de la empresa y el contenido del acta de la reunión de la mesa negociadora del plan de igualdad de 2 de octubre de 2020.

Contra la misma se formula recurso de casación por parte de FS-CCOO, CSIF y USO.

IV. Posición de las partes

- La parte recurrente- los sindicatos FS-CCOO, CSIF y USO- afirma que se han infringido los artículos 3, 1281 y siguientes del Código Civil que fueron aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, porque el primer criterio interpretativo es el sentido literal de las palabras, cuando los términos son claros y cuando no hay lugar a dudas no se debe acudir a otro canon hermenéutico, y en el caso presente las palabras no pueden ser

más claras y el criterio de la sentencia recurrida sería contrario a la finalidad de la conciliación de la vida familiar y laboral.

- La impugnante -la empresa Servinform, S.A.- pide la desestimación de los tres recursos y la confirmación de la sentencia recurrida, aduciendo que del redactado del artículo controvertido del plan de igualdad se desprende que las horas de acompañamiento se extenderán a hijos, hijas, padres, madres y personas dependientes a cargo de la persona trabajadora. Entiende que el calificativo “a cargo de la persona trabajadora” se extiende tanto a padre, madre como a personas dependientes. Sostiene que prueba de ello es que de dicho redactado se excluye a los cónyuges y parejas de hecho, no exigiéndose para los mismos estar a cargo de la persona trabajadora, sino que se acuda a pruebas que requieran acompañamiento.
- El Ministerio Fiscal pide la desestimación del motivo, considerando que la AN ha interpretado razonablemente el convenio colectivo, entendiendo que la voluntad de las partes es reconocer el permiso retribuido cuando este sea necesario para conciliar la vida personal y familiar, que evidentemente no es tal cuando la persona cuyo acompañamiento se solicita, lleva a cabo una vida completamente independiente del trabajador y, por tanto, no esté a cargo de la persona trabajadora.

V. Normativa aplicable al caso

Además de los preceptos del convenio colectivo de Contact Center (art. 28.2) y del Plan de Igualdad de la empresa impugnante, resultan aplicables los artículos 3.1 (criterios de interpretación de las normas jurídicas) y 1281 y siguientes del Código Civil (interpretación de los contratos) y las principales normas que conforman el marco legal del plan de igualdad, como son el artículo 46 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), y artículo 7 f) del reglamento de desarrollo de la citada Ley, aprobado por RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro.

Convenio colectivo de Contact Center:

- Art. 28.2: *“El personal tendrá derecho al uso de hasta 35 horas retribuidas al año, para asistir a consultas de médicos de la Seguridad Social, debiendo avisar con la mayor antelación posible y debiendo presentar la justificación oportuna. No obstante ello, las personas afectadas procurarán adaptar, cuando así resulte posible, sus horas de visitas médicas a sus tiempos de descanso”.*

Plan de igualdad de la empresa SERVIFORM,S.A:

- *“La bolsa de 35 horas anuales retribuidas para asistencia médica de la seguridad social a que hace referencia en artículo 28.2 del CC de Contact Center se hará extensible a todo el personal de Servinform extendiendo su uso al acompañamiento a consulta médica de la seguridad social de hijos, hijas, padre, madre y personas dependientes a cargo de la persona trabajadora, así como al/la cónyuge o pareja de hecho en caso de que tuviera necesidad de acompañamiento a prueba médica debidamente justificada. (...)*

Código Civil (CC):

- Art. 3.1 CC: *“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 aquellas”.*

- Art. 1281 CC: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas” (...)
- Art. 1282 CC: “Para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato”
- Art. 1285 CC: “Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas ellas”.

LOIEMH: Art. 46 (contenido y finalidad de los planes de igualdad):

“1.- Los planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo (...)”.

2. Los planes de igualdad contendrán un conjunto ordenado de medidas evaluables dirigidas a remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Con carácter previo se elaborará un diagnóstico negociado, en su caso, con la representación legal de las personas trabajadoras, que contendrá al menos las siguientes materias:

(...)

f) Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral.

- RD 901/2020, de 13 de octubre: art. 7 f), en donde figura, entre las materias objeto de diagnóstico, el “Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral.”

VI. Doctrina básica

Al centrarse la controversia en la interpretación de un precepto del Convenio Colectivo, la Sala IV del Tribunal Supremo considera oportuno traer a colación la doctrina de la misma Sala relativa a la interpretación de los Convenios Colectivos, que se resume en su STS núm 534/2023, de 19 de julio (Rec. 16/2021).

De acuerdo con la referida doctrina: “atendida la singular naturaleza mixta de los convenios colectivos (contrato con efectos normativos y norma de origen contractual), la interpretación de los mismos debe hacerse utilizando los siguientes criterios: La interpretación literal, atendiendo al sentido literal de sus cláusulas, salvo que sean contrarias a la intención evidente de las partes (arts. 3.1 y 1281 CC; STS 13 octubre de 2004, Rec. 185/2003). La interpretación sistemática, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte de todas (arts. 3.1 y 1285 CC). La interpretación histórica, atendiendo a los antecedentes históricos y a los actos de las partes negociadoras (arts. 3.1 y 1282 CC). La interpretación finalista, atendiendo a la intención de las partes negociadoras (arts. 3.1, 1281y 1283 CC). No cabrá la interpretación analógica para cubrir las lagunas del convenio colectivo aplicable (STS 9 abril 2002, Rec. 1234/2001). Y los convenios colectivos deberán ser interpretados en su conjunto, no admitiéndose el espiguelo”.

De otro lado, la Sala ha precisado que “la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio (...) debe prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual”. (SSTS de 5 de junio de 2012, rec. 71/2011; de 15 de septiembre de 2009, rec. 78/2008, entre otras muchas).

En cuanto a su papel en el recurso de casación “la Sala considera que lo que le corresponde realizar en supuestos como el presente, en los que se discute por el recurrente aquella interpretación, consiste en verificar que la exégesis del precepto convencional efectuada por la sentencia recurrida se adecúa a las reglas de interpretación que se derivan de los artículos 3 y 1281 y ss. CC (...)” (SSTS 904/2020, de 13 de octubre, Rec. 132/2019; y 1135/2020, de 21 de diciembre, Rec. 76/2019; entre otras).

VII. Parte dispositiva

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, conforme a lo razonado y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, resuelve:

“1. Desestimar los recursos de casación interpuestos por la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (FS-CCOO), la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) y la Unión Sindical Obrera (USO), contra la sentencia núm. 220/2021, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, el día 21/10/2021 en procedimiento de conflicto colectivo núm. 204/2021, instado por FS-CCOO frente a SERVIFORM, S.A.

2. Confirmar la sentencia recurrida y declarar su firmeza.”

Todo ello, sin costas, conforme al art. 235 LRJS.

VIII. Pasajes decisivos

Los pasajes más relevantes de la sentencia glosada se encuentran recogidos en su Fundamento de Derecho Segundo, apartados 2 y 3:

2.- Al centrarse la controversia en la interpretación de un precepto del Convenio Colectivo, parece oportuno traer a colación la doctrina de esta Sala relativa a la interpretación de los Convenios colectivos, que se resume en nuestra STS núm. 534/2023, de 19 de julio, Rec. 16/2021 (...).

3.- (...)

Para la correcta exégesis de este apartado del plan de igualdad, conviene empezar por una breve mención de su marco legal. (...)

(...)

Por tanto, el criterio teleológico del plan de igualdad, en general, y del precepto objeto de exégesis, en particular, es el de alcanzar la igualdad de trato y de oportunidades y eliminar la discriminación por razón de género, regulando, entre otras medidas, las que supongan un ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral. Sentadas tales premisas, la interpretación llevada a cabo por la sentencia recurrida no infringe ninguno de los preceptos que denuncia la recurrente.

(...)

De la literalidad del precepto resulta que se está extendiendo un derecho contemplado en el convenio colectivo aplicable (art. 28.3), consistente en 35 horas anuales retribuidas para las personas trabajadoras para la asistencia médica de la seguridad social; a otros supuestos no previstos en dicho convenio. (...)

- La interpretación efectuada por la sentencia recurrida se ajusta al tenor literal, puesto que se establecen dos colectivos distintos de personas a acompañar a consulta médica: (...)

Del tenor literal resulta que el primer colectivo se exige que esté a cargo de la persona trabajadora, no así el segundo colectivo.

- La interpretación sistemática o contextual, (arts. 3.1 y 1285 CC) confirma el criterio literal. La necesidad de acompañamiento es un requisito obvio por la propia finalidad de la norma (fomentar la conciliación de la vida familiar y laboral) y resulta aplicable a ambos colectivos. Sin embargo, sólo se explicita en el caso del cónyuge o pareja de hecho porque en el caso de hijos, hijas, padre, madre y personas dependientes, se exige que estén a cargo de la persona trabajadora, lo que ya implica de por sí la necesidad de acompañamiento.

-La interpretación histórica (...) corrobora el literal y el contextual.

El criterio teleológico cierra la interpretación en el sentido apuntado por la sentencia recurrida; si la finalidad es conciliar la vida familiar y laboral, no se entiende cómo puede alcanzar la misma cuando se trata de acompañamientos que no son necesarios, sea porque se trate de personas que no están a cargo de la persona trabajadora, sea porque se trate de cónyuge o pareja de hecho que no precise de ese acompañamiento.

(...)

Pues bien, dicha perspectiva [de género] ha sido plenamente incorporada en la sentencia recurrida, cuando alude a la finalidad de conciliar la vida familiar y laboral que posee el precepto objeto de exégesis (...).

IX. Comentario

La sentencia objeto de comentario aplica la doctrina de la propia Sala relativa a la interpretación de los Convenios Colectivos. Asimismo, tiene en cuenta el marco legal de los planes de igualdad para la correcta exégesis de la medida de conciliación contenida en el plan de igualdad de la empresa impugnante, en especial, el artículo 46 de la LOIEMH, sobre contenido y finalidad de tales planes, así como el artículo 7 f) del RD 901/2020, de 13 de octubre.

Considera que “el criterio teleológico del plan de igualdad, en general, y del precepto objeto de exégesis, en particular, es alcanzar la igualdad de trato y de oportunidades y eliminar la discriminación por razón de género, regulando, entre otras medidas, las que supongan un ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral”.

Teniendo ello en cuenta, estima que la interpretación llevada a cabo por la Audiencia nacional en la resolución recurrida no infringe ninguno de los preceptos que denuncia la recurrente.

Del análisis del artículo 28.2 del Convenio de Contact Center y de la medida de conciliación contenida en el plan de igualdad resulta que se está extendiendo un derecho convencional a otros supuestos no previstos en el convenio colectivo.

- En cuanto a la interpretación efectuada por la sentencia de instancia, la misma se ajusta al tenor literal, puesto que se establecen dos colectivos distintos de personas susceptibles de ser acompañadas a consulta médica:

- De un lado, “hijos, hijas, padre, madre y personas dependientes a cargo de la persona trabajadora”.
- De otro lado, “cónyuge o pareja de hecho en caso de que tuviera necesidad de acompañamiento a prueba médica”.

De tal redacción se deriva la exigencia únicamente para el primer colectivo de estar a cargo de la persona trabajadora.

Para el Alto Tribunal, “la interpretación sistemática o contextual (arts. 3.1 y 1285 CC) confirma el criterio literal”, por cuanto “la necesidad de acompañamiento es un requisito obvio por la propia finalidad de la norma” que es la de “fomentar la conciliación de la vida laboral y familiar, y resulta aplicable a ambos colectivos”, aunque solo se explicita en el caso del cónyuge o pareja de hecho, mientras que el

requisito de estar a cargo de la persona trabajadora únicamente se exige en el caso de los hijos, hijas, padre, madre y personas dependientes, requisito que “implica por sí la necesidad de acompañamiento”.

Igualmente, considera que el criterio histórico corrobora el literal y el contextual. En este punto la sentencia recurrida en su HP 5º aporta como antecedente el acta de la reunión de la mesa negociadora del plan de igualdad, del que se desprende que la parte social pidió una ampliación de las horas médicas de acompañamiento de menores hasta 20 y la empresa accedió volver a consultar si se podía quedar en menos horas (15), pero incluyendo cónyuge, pareja de hecho, hijos/hijas (menores) y padres/madres.... “En ningún momento se desprende de este precedente que se pretenda extender a hijos/hijas no menores -no a cargo- ni tampoco a dependientes, padres o madres no a cargo”.

Por último, estima que el criterio teleológico confirma también la interpretación realizada por la sentencia recurrida, teniendo en cuenta que la finalidad de la medida es la de conciliar la vida familiar y laboral, lo que lleva implícito que los acompañamientos sean necesarios, bien porque se trate personas que están a cargo de la persona trabajadora, bien porque tratándose de su cónyuge o pareja de hecho este precise de ese acompañamiento.

Para concluir su análisis, el Tribunal Supremo considera que la perspectiva de género ha sido plenamente incorporada por en la sentencia recurrida, cuando alude a la finalidad de conciliar la vida familiar y laboral que posee el precepto convencional objeto de exégesis.

Todo ello lleva a la Sala IV a considerar que la sentencia recurrida se ha ajustado a las normas de interpretación aplicables al caso, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto contra la misma por la FS-CCOO.

X. Apunte final

La sentencia TS-SOC núm. 496/2024 analiza la extensión de un derecho laboral de origen convencional poniendo el foco en su finalidad como medida de conciliación de la vida laboral y familiar.

De acuerdo con el tenor literal de la medida recogida en el Plan de Igualdad de la empresa, se reconoce a la persona trabajadora el derecho a un permiso laboral retribuido para el acompañamiento a consulta médica de *“hijos, hijas, padre, madre y personas dependientes a cargo de la persona trabajadora”, y de “cónyuge o pareja de hecho, en caso de que tuviera necesidad de acompañamiento a prueba médica”*.

La disputa versa sobre si es necesario que el primer grupo de personas necesitadas de acompañamiento estén a cargo de la persona trabajadora. Para la parte recurrente, la interpretación literal de las palabras y el criterio teleológico conduce a entender que la finalidad de la medida es permitir que la persona trabajadora pueda acudir y acompañar a las consultas médicas a hijos y padres con independencia de que sean personas a su cargo o no, y a personas dependientes que sí lo estén, debiendo únicamente la persona trabajadora alegar la necesidad de acompañar a dichos sujetos al médico, no si estos son independientes.

En cambio, para el Ministerio Fiscal y para el Tribunal Supremo, la doctrina correcta se recoge en la sentencia recurrida, que interpreta que del tenor literal resulta que es necesario que todos los sujetos que forman parte del primer colectivo estén a cargo de la persona trabajadora.

El concepto de estar “a cargo” es clave en este asunto, cuando el derecho que se pretende ejercer se refiere al acompañamiento de *“hijos, hijas, padres, madres y personas dependientes”* y, sin embargo, no se precisa en la sentencia el significado concreto que se atribuye a tal término.

Nuestro ordenamiento jurídico delimita el concepto de “hijo o menor a cargo” en relación con las asignaciones económicas de la Seguridad Social, señalando que se considera tal “a aquel que conviva y dependa económicamente del beneficiario (...)” (artículo 9 del RD 1335/2005, de 11 de noviembre). Asimismo, en relación con las prestaciones por muerte y supervivencia, se establece como requisito que “se pruebe que convivan con el causante y a sus expensas”. Así sucede, concretamente en relación con la pensión de orfandad en el caso de los hijos del cónyuge supérstite (art. 16.3 b) Orden 13 de febrero de 1967-OMS), y también en lo que respecta a los beneficiarios de las prestaciones en favor de familiares (art. 22. 1 c) OMS).

En definitiva, allí donde el legislador ha definido qué se entiende por “estar a cargo”, exige una doble condición, esto es, la convivencia y la dependencia económica del causante con el beneficiario del derecho.

Por otro lado, si nos atenemos al concepto dado en el Diccionario panhispánico del español jurídico (2023), en su primera acepción, “a cargo de” significa “*Al cuidado o supervisión de una persona o institución*”. En la misma línea, en el Diccionario de la RAE, la locución “a cargo de” sirve “para indicar que algo está confiado al cuidado de una persona”. En otras palabras, de acuerdo con esta definición, la necesidad de conciliar para acompañamiento al médico estaría justificada por la falta de autonomía del sujeto que está al cuidado o bajo la supervisión de la persona trabajadora, incluso aunque no exista convivencia.

Pero ¿Cuál es el sentido atribuido a tal expresión en la Sentencia recurrida en el marco de la medida del Plan de Igualdad objeto de controversia respecto de los parientes en primer grado?

Parece evidente que en ella se acoge la interpretación más restrictiva. En efecto, según resulta, para la AN y el TS, la necesidad de conciliación únicamente se suscita cuando existe dependencia entre la persona precisada de asistencia médica y el trabajador. En la sentencia recurrida (FJ 4) se señala que “Carece de sentido pretender que el permiso se extienda a familiares (pensemos en hijos mayores de 18 años o padres que no están al cuidado del trabajador, pensemos incluso que unos y otros pueden vivir de forma independiente), máxime cuando ningún requisito adicional se exige atendiendo a la gravedad o imposibilidad de acudir a la consulta médica”. Para la Audiencia Nacional, una interpretación más flexible “ampliaría de modo abusivo, por carencia de causa razonable el uso de este permiso que, además, (...) es retribuido con cargo al empresario”.

§ 40 Despido de una persona trabajadora en incapacidad temporal, ¿nulidad o improcedencia?

Ángel Arias Domínguez

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

Resumen: *El despido de un trabajador en incapacidad temporal no siempre es nulo. Para que tenga dicha consideración, además de producirse en el arco temporal correspondiente, debe constatar que responde a una motivación discriminatoria. La Ley 15/2022 no determina que el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal sea nulo siempre y en todo caso, pues lo decisivo al respecto es que exista un trato discriminatorio derivado precisamente de la enfermedad que padece la persona trabajadora y que sea precisamente esa circunstancia la que ha motivado la decisión extintiva.*

Palabras clave: *Despido. Incapacidad temporal de la persona trabajadora. Despido discriminatorio por enfermedad.*

Abstract: *The dismissal of a worker on temporary disability is not always null and void. In order for it to be considered as such, in addition to occurring within the relevant time frame, it must be established that it responds to a discriminatory reasoning. Law 15/2022 does not determine that the dismissal of a worker in a situation of temporary incapacity is null and void always and in any case, since the decisive thing in this regard is that there is discriminatory treatment derived precisely from the illness suffered by the worker and that it is precisely that circumstance that has motivated the decision to terminate.*

Keywords: *Dismissal. Temporary disability of the worker. Discriminatory dismissal due to illness.*

I. Introducción

La cuestión fundamental que se analiza en la resolución objeto de comentario es si el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal debe considerarse nulo en todo caso. Tres datos deben manejarse para facilitar una respuesta técnicamente correcta.

En primer lugar, que en los últimos años la jurisprudencia del TJUE aprecia que las situaciones de incapacidad laboral de larga duración o por enfermedades muy limitadoras de la capacidad laboral pueden ser asimilables a las situaciones que derivan de la discapacidad de la persona trabajadora. Un despido basado en la discapacidad del sujeto puede ser considerado discriminatorio, y, por tanto, nulo, por lo que se abre la posibilidad a considerarlo así también para situaciones de incapacidad temporal.

En segundo lugar, que las ausencias al trabajo debidas a la enfermedad que ha determinado la inclusión del trabajador en incapacidad temporal no pueden ser tenidas en consideración a efectos del despido objetivo. La extinción objetiva por absentismo ha pasado a mejor vida en nuestro ordenamiento jurídico.

Y, en tercer lugar, que la Ley 15/2022, sin establecer abiertamente que el despido en situación de incapacidad laboral debe ser catalogado de nulo, sí proporciona varias pistas para que se llegue a esta conclusión, básicamente dos. En primer lugar, que su ámbito objetivo de proyección abarca al empleo y a la regulación de sus condiciones. Y, en segundo lugar, que debe considerarse nula de pleno derecho cualquier decisión cuyo resultado provoque una discriminación prohibida por la norma.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia. Madrid. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 243/2024, de 7 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de suplicación núm. 817/2023.

ECLI:ES:TSJM:2024:2472.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Muñoz Esteban.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión fundamental que se suscita en el recurso de suplicación es si la valoración que ha efectuado el juez de instancia de las circunstancias en las que se produce el despido del trabajador en situación de incapacidad temporal son adecuadas y razonables.

Los hechos acaecidos son sencillos de concretar. Una persona trabajadora con una antigüedad de cinco años en la empresa ingresa en incapacidad temporal el 6 de septiembre de 2022.

En enero de 2023 la empresa le comunicó su despido con fecha de ese mismo día, reconociendo su improcedencia y poniendo a su disposición la indemnización correspondiente. El 23 de enero de 2023 la situación de incapacidad temporal fue prorrogada.

Consta que entre diciembre de 2022 y enero de 2023 la empresa ha despedido a 9 trabajadores *“por la necesidad de amortización de puestos de trabajo ante la bajada de producción”*.

IV. Posición de las partes

La persona trabajadora entiende que su despido producido mientras se encontraba en situación de incapacidad temporal debe considerarse nulo. Es una alegación huérfana de argumentación complementaria, pues ni se aportan indicios de discriminación, ni se comenta en qué medida la enfermedad padecida es equiparable a la discapacidad por considerarse de larga duración. Se alega, eso sí, que en el período de dos meses inicial de su baja se produjeron otros 9 despidos en la empresa por circunstancias económicas, y se acredita que la duración estimada de la enfermedad en la parte de confirmación de baja son 176 días.

La empresa entiende, por su parte, que la causa objetiva argüida para la extinción es cierta y acreditable, y que el despido del trabajador afectado no tiene relación alguna con la situación de incapacidad temporal en la que se encontraba, siendo una mera coincidencia temporal.

El Juzgado de lo Social competente desestimó la demanda de nulidad del despido, declarando su improcedente con las consecuencias características.

Frente a dicha resolución se ha impetrado el recurso de suplicación que la resolución objeto de comentario resuelve formulando tres motivos. El sustancial es el sustantivo, que se comentará seguidamente, pero, de manera tangencial también se articulan dos motivos de recurso adicionales. En el primero de ellos se intima, sin éxito, la revisión fáctica del relato de hecho probados, pues no se aportan razones objetivas que permitan acreditar de manera rotunda errores significativos en la narración fáctica que ensaya el Juez de instancia. Nada nuevo bajo el sol. Sin embargo, en el segundo motivo de recurso se pretende una nulidad de actuaciones porque en la contestación a la demanda la parte demandada efectúa una variación sustancial de la causa del despido alegada en la carta, al manifestar que su despido y el de los otros 9 trabajadores se había debido a la necesidad de amortización de puestos de trabajo ante la bajada de la producción. La nulidad del despido así producido podría haber tenido más recorrido, porque, aunque el Juzgado aprecia que al trabajador no se le ha generado ninguna indefensión material, pues la empresa ya había reconocido la improcedencia del despido y que la estimación del incidente de nulidad debe ser un mecanismo excepcional sujeto a condicionantes estrictos, lo cierto es que el debate procesal varía significativamente si la carta de despido era por un motivo disciplinario y en la contestación a la demanda se arguye un motivo extintivo distinto, en este caso objetivo. En el resumen que efectúa el TSJ no queda claro si en la carta inicial de despido del 3 de enero de 2023 se alegaba un motivo disciplinario u objetivo. Si se alegaba el primero, la nulidad del despido parece la consecuencia más lógica; si se alegaba el segundo, es decir, un motivo económico y éste coincidía sustancialmente con las razones y motivos que se argüían colectivamente en la ulterior contestación a la demanda, el mantenimiento de los autos parece razonable.

V. Normativa aplicable al caso

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación

Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación: “1. *Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de.../... enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos...*”

Artículo 3. Ámbito objetivo de aplicación. “1. *Esta ley se aplicará en los siguientes ámbitos: a) Empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende.../...[el] despido ...*”

Artículo 6. Definiciones: “1. *Discriminación directa e indirecta.*

a) *La discriminación directa es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.*

...b) *La discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2...*”

Artículo 26. Nulidad de pleno derecho “*Son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley*”

VI. Doctrina básica

El despido de una persona trabajadora en situación de incapacidad temporal puede ser declarado nulo por discriminatorio únicamente en dos supuestos. En primer lugar,

cuando la situación de incapacidad temporal derive del padecimiento de una enfermedad que pudiera ser asimilable a una discapacidad, o bien por ser de larga situación o bien por resultar impeditivo del ejercicio de una actividad laboral. Y, en segundo lugar, cuando la decisión extintiva responde a un propósito discriminatorio directo basado, precisamente, en la enfermedad que se padece.

VII. Parte dispositiva

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 27 de junio de 2023 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 43 de Madrid en reclamación por despido, confirmando dicha resolución, que declaraba la improcedencia del despido efectuado mientras la persona trabajadora se encontraba en incapacidad temporal.

VIII. Pasajes decisivos

“...el Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de marzo de 2018, ha manifestado que: “La situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de “discapacidad” distinta de “la enfermedad en cuanto tal” en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TSJUE en las resoluciones a las que se ha hecho mérito, anteriores al enjuiciamiento de los hechos e inclusive posterior como sucede en elC270/16 (asunto Ruiz Conejero) en donde vuelve a insistir en que la Directiva 2000/78 del Consejo se opone a la normativa nacional cuando las ausencias sean debidas a “enfermedades atribuidas a la discapacidad de ese trabajador” sin alterar la noción de discapacidad elaborada en anteriores resoluciones. Con base en dicha interpretación no es posible incardinar la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad sino mantener la de improcedencia derivada de la falta de justificación como despido disciplinario que en todo caso exige un componente intencional, ausente en la actuación de la trabajadora”.

“Por lo demás, la Ley 15/2022, para la igualdad de trato, no determina que el despido de un trabajador en situación de IT sea nulo, siendo lo decisivo al respecto que exista un trato discriminatorio para él derivado de su enfermedad y que ésta haya motivado el despido. Y en el presente caso no aparece para nada tal discriminación, habida cuenta de que la empresa procedió al despido de 9 trabajadores con cartas de despido idénticas, siendo el actor el único que estaba en IT; pudiendo apreciarse asimismo que ha quedado acreditado que la empresa procedió al despido de esos trabajadores por la necesidad de amortización de puestos de trabajo ante la bajada de producción (Hecho Probado 4), de suerte que, con arreglo a lo indicado, no existe ni siquiera indicio alguno de que el actor fuera despedido por el hecho de estar enfermo, quedando excluida la discriminación alegada.

Debiendo subrayarse que, conforme a lo indicado, no cabe declarar la nulidad por el mero hecho de que un trabajador se encuentre en situación de baja, sino que es necesario acreditar que se ha producido un trato discriminatorio por el hecho de estar enfermo y que dicha discriminación hubiera motivado el despido”.

“De modo que en el presente caso no puede entenderse que la empresa sustentara su decisión de finalizarla relación laboral en la incapacidad temporal del trabajador iniciada el 6-9-2022, ni tuvo causa en un motivo o factor de discriminación sino en la repercusión negativa que tuvo un pico a la baja en la producción de la empresa, que le obligó a despedir a otros 9 trabajadores, según consta acreditado a la vista de la documental aportada por la demandada, tal como señala la sentencia de instancia, reconociéndose no obstante la improcedencia del despido.

Y así, según se pone de relieve en la propia sentencia, no existe siquiera indicio alguno de que la empresa demandada le hubiera dispensado un trato discriminatorio al actor al haberle despedido estando en situación de baja.

Por lo que, conforme a la doctrina de referencia y habida cuenta de la relación fáctica de la sentencia recurrida, resulta indudable que no puede hablarse aquí de un despido que pueda calificarse de nulo, debiendo subrayarse que la enfermedad que precede al despido no es equiparable a discapacidad en el sentido descrito por la doctrina antecitada, y en consecuencia el despido del demandante no es calificable de discriminatorio en el sentido exigido por la doctrina.

Y por consiguiente no cabe acoger la pretensión del actor formulada con carácter principal al no apreciarse la existencia de la vulneración denunciada, habida cuenta, además, de los datos objetivos que justifican la reacción de la empresa ante la baja en su producción, sin que quepa ignorar que, según ha puesto asimismo de relieve el Tribunal Constitucional, "el demandante es el principal gestor de su propio derecho, de ahí que siempre le sea exigible la diligencia suficiente, también en el terreno probatorio, incluso cuando se alega la existencia de una discriminación" (S^a del TC de 21 de marzo de 1986). Debiendo significarse por lo demás que aun cuando el recurrente denuncia la infracción de la Ley 15/22 de Igualdad aduciendo que existe discriminación por enfermedad, de lo actuado no resulta tal, lo que impide apreciar la vulneración denunciada, conforme a la doctrina de referencia".

IX. Comentario

Más allá de la guerra de trincheras que supuso el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo (y la posterior Ley 1/2020, de 15 de julio), el campo abierto de la confrontación en este tema es el que se aborda en esta resolución. Y los contendientes muestran sus armas (argumentos) para defender sus posiciones. Haciendo un resumen de ellos podemos concluir que son los siguientes:

Primero. La doctrina que equipara, en determinadas situaciones y con determinados requisitos, a la enfermedad impeditiva del ejercicio de una actividad laboral con la discapacidad está bien consolidada. Tras las SSTJUE de 18 de enero de 2018 (C 270/16) *Ruiz Conejero c. Ferroser* y de 11 de septiembre de 2019 (C-397/8) *DW c. Nobel Plasquiques Ibérica*, ambas abordando la entidad extintiva de las ausencias al trabajo por motivos de enfermedad, la doctrina "*Daoud*" que emana de la STJUE 1 de diciembre 2016 (C-395/15) entiende que el plazo de un año de baja médica es razonable para asimilar que la persona trabajadora se encuentra en una situación asimilable a la discapacidad.

Aplicación de esta perspectiva es bastante común en nuestro ordenamiento, basten como ejemplos los siguientes:

- STSJ Aragón 258/2018, de 9 de mayo. Se confirma la sentencia del JS que había declarado la nulidad del despido de una trabajadora que había sido despedida mientras se encontraba de baja al entender que la gran duración de su enfermedad con altas y bajas recurrentes por la misma patología (desde marzo de 2016 a agosto de 2017) era una situación equiparable a la discapacidad.

- STSJ Cantabria 45/2019, de 18 de enero. Se entiende que el despido (en realidad, baja en Seguridad Social) de una trabajadora mientras se encontraba en incapacidad temporal por tener que someterse a una operación de cáncer es nulo porque en este caso "*de los antecedentes fácticos expuestos se deduce[n] varios indicios para entender que no estamos ante una mera enfermedad sino ante una discapacidad*".

- STSJ Galicia 1473/2021, de 13 de abril. Se estima el recurso de suplicación y se declara la nulidad del despido (también baja en la Seguridad Social) de un "conductor-repartidor" atropellado en la vía pública mientras ejercía su trabajo que se produjo el mismo día en que el empresario tuvo conocimiento del hecho, tras ser informado por la policía local y acudir personalmente al hospital a interesarse por la salud del trabajador. El Tribunal deduce de los hechos acaecidos "*una apariencia objetiva de incapacidad duradera a la que se debe asociar un elemento subjetivo en la actuación del empresario apreciable si la constatamos la conexión temporal tan fuerte existente*

entre el accidente de trabajo, y la consiguiente apariencia de discapacidad, con la baja en la Seguridad Social, acaecida también ese mismo día. Una conexión temporal tan fuerte que no cabe ninguna otra conclusión más que asociar causalmente la apariencia de discapacidad con el despido, ítem más si consideramos la ausencia de hechos que pudiesen acreditar una falta de diligencia previa en la prestación de servicios...", deduciéndose de estos hechos una discriminación por apariencia de discapacidad.

- STSJ Cataluña 4380/2021, de 14 de septiembre. Entiende nulo el despido de una trabajadora que desde abril de 2017 hasta diciembre de 2018 ha encadenado varias bajas por incapacidad temporal por la misma enfermedad. Pero la nulidad no se produce por discriminación al asimilar la enfermedad con la discapacidad, sino que se entiende que el despido es nulo por vulneración del derecho constitucional a la integridad física del art. 15 CE. Perspectiva abandonada actualmente que quizá pudiera jugar un interesante papel como catalizador de la indemnización adicional por transgresión de Derechos Fundamentales.

Segundo. La procedencia del despido disciplinario cuando el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal no parece ser negada si éste se produce por motivos totalmente diferentes de la situación en la que se encuentra la persona trabajadora y se conduce formalmente sin lesión de derechos fundamentales. Ejemplos hay muchos, basten estos dos:

- SJS núm. 3 Gijón 107/2022, de 6 de abril. Que considera que no se había probado la simulación de la enfermedad que se consideraba causa disciplinaria en el convenio colectivo, calificando el despido de improcedente. Pero el debate no se circunscribía a aspectos discriminatorios, sino a si las actividades ordinarias de la vida diaria que realizaba el trabajador mientras se encontraba en IT podían considerarse prohibidas por el Convenio Colectivo de aplicación.

- STSJ-SOC Cataluña 7092/2023, de 14 de diciembre de 2023. Aprecia, de manera bastante cuestionable, la improcedencia de la extinción objetiva por ineptitud sobrevenida al apoyarse en el informe técnico del servicio de prevención integral que consideraba al trabajador no apto para el desarrollo del trabajo.

- STSJ-SOC Extremadura 164/2024, de 21 de marzo. La empresa acredita las causas disciplinarias alegadas y destruye así el panorama de indicios de nulidad del despido que se había sostenido al coincidir en el tiempo la extinción con una baja por incapacidad temporal.

Tercero. En los pronunciamientos en los efectivamente se ha apreciado la nulidad del despido siempre se ha constatado su propósito discriminatorio. Así, por ejemplo, sin ningún propósito de exhaustividad:

- SJS núm. 1 Gijón 419/2022, de 15 de noviembre. Entiende nulo el despido de una trabajadora que se encontraba en incapacidad laboral por haberse sometido a una operación quirúrgica. Consta acreditada una conversación de WhatsApp con el hijo de la titular del establecimiento al público en el que trabajaba en la que, *"haciendo suyas las palabras de sus padres"* se la informa *"que no pueden soportar el coste de la baja, pero que cuando la trabajadora se restablezca, la volverán a contratar, por estar contentos con su rendimiento"*.

- STSJ-SOC País Vasco 2283/2023, de 17 de octubre. Estima el recurso y entiende nulo el despido de un trabajador que padecía cáncer porque, atendiendo *"a los datos objetivos de la patología, dolencia, diagnóstico, tratamiento, intervención y proceso temporal"* se conforma un panorama de indicios que hace presumir al despido como discriminatorio, pues la empresa no ha mostrado indicio alguno en sentido contrario.

- STSJ Comunidad Valenciana 3229/2023, de 22 de noviembre. Emplea el art. 26 Ley 15/2022 para confirma la resolución del JS que entendió nulo el despido del trabajador que había sido despedido mientras se encontraba hospitalizado (en el extranjero) por haber sufrido un infarto descargando la carga de un camión.

- SJS núm. 1 Vigo de 13 de diciembre de 2022 (rec. 473/2022). Se declara la nulidad al aportarse una grabación en la que un responsable de la empresa expone en una conversación que la razón de la baja laboral es, precisamente, la situación de IT en la que se encuentra.

- STSJ-SOC Asturias 336/2024, de 5 de marzo. Confirma la nulidad decretada por el JS en un asunto en el que el trabajador había sido despedido después de comenzar un proceso de IT que se preveía *“ya desde el inicio de larga duración”* empleando para ello la Ley 15/2022.

- STSJ-SOC Galicia 1491/2024, de 27 de marzo. Declara la nulidad de la extinción objetiva por ineptitud, porque *“A la vista de lo expuesto, concurren indicios de discriminación, a saber, una larga situación de IT derivada de ANL de casi dos años de duración, tras la reincorporación nueva baja de IT por AT, y tras la reincorporación, inmediatamente se le somete por el servicio de prevención de riesgos laborales de la empresa demandada a un reconocimiento médico declarándole no apto para determinadas tareas de su puesto de trabajo.”*

Cuarto. Quizá lo razonable para dilucidar estos asuntos sea emplear el *“test de nulidad”* con el que la STSJ-SOC Castilla y León (Valladolid) de 19 de junio de 2023 (rec. 877/2023) somete los hechos probados al filtro del derecho, que se concreta en una triple apreciación: *“A) Determinar si la situación de incapacidad (aunque sea temporal) se produce “a largo plazo”, lo que ha de valorarse en el momento de producirse el acto presuntamente discriminatorio (el despido en este caso), según las previsiones razonables que en ese momento pudiera hacerse el autor del mismo (...); B) Determinar si la patología y las limitaciones que producen reúnen la gravedad suficiente como para que impidan la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. C) Finalmente comprobar si el despido se produce sin que se hayan adoptado ajustes razonables destinados al mantenimiento del puesto de trabajo, por ser estos imposibles”*.

“Plazo de duración de la IT”, “patología de la enfermedad”, y posibilidad de implementar *“ajustes razonables”* son los tres parámetros que deben considerarse para discernir cuándo estamos en presencia de un despido nulo y cuando ante un despido operativo.

X. Apunte final

Actualmente en la vertiente contractual del Derecho Laboral hay tres debates abiertos. El primero, al calor de la (cuestionable) eficacia operativa de la Carta Social Europea, en relación con la insuficiencia de la indemnización por despido (improcedente o nulo) en supuestos en los que se aprecian circunstancias especialmente gravosas para el trabajador (como, por ejemplo, muy recientemente aborda la STSJ-SOC País Vasco 1040/2024, de 23 de abril cuando concede una indemnización adicional al trabajador despedido tras un mes de trabajo que para ser contratado por esta empresa había abandonado un puesto de trabajo fijo en otra empresa). El segundo, relacionado con éste, sobre la cuantificación de las indemnizaciones por vulneración de Derechos Fundamentales. Y el tercero, el que nos ocupa, sobre la posibilidad de que normas periféricas al ET regulen instituciones laborales.

Pues bien, en el debate sobre este último problema, puede ser una buena señal averiguar qué piensa el TS sobre esta posibilidad cuando analice finalmente cómo debe calificarse a la luz de la Ley 15/2022 el despido producido mientras el trabajador se encontraba en IT.

Una pista, no obstante, puede dársele al legislador: que cumpla el mandato que ordena la DA 8 ET denominada *“Código de Trabajo”*, cuando prevé que *“El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, recogerá en un texto único denominado Código de Trabajo, las distintas leyes orgánicas y ordinarias que, junto con la presente, regulan las materias laborales, ordenándolas en títulos separados,*

uno por ley, con numeración correlativa, respetando íntegramente su texto literal. Asimismo se incorporarán sucesiva y periódicamente a dicho Código de Trabajo todas las disposiciones generales laborales mediante el procedimiento que se fije por el Gobierno en cuanto a la técnica de incorporación, según el rango de las normas incorporadas”.

En estos tiempos digitales en los que el BOE y otros diarios oficiales ya se consultan ‘on line’ e incluso los registros notariales van a dejar de imprimirse en papel, sería todo un reto para la Agencia Estatal BOE llevar a cabo ese proyecto. Se necesita para ello, claro, la cobertura gubernamental necesaria.

§ 41 Inidoneidad del planteamiento de la cuestión prejudicial cuando se invoca norma distinta a la aplicable al caso: aplicación de la regulación del permiso parental al permiso por (maternidad) nacimiento de hijos.

Pilar Rivas Vallejo

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

Resumen: Se resuelve cuestión prejudicial para la interpretación del art. 5.8 de la Directiva 2019/1158, sobre el permiso parental, respecto de la hipotética ampliación del permiso por nacimiento de hijos para la madre biológica que constituye una familia monoparental, a fin de que se interprete la posible discrepancia del derecho español con el derecho de la Unión en la protección de familias monoparentales, y que se inadmita, por discordancia entre la norma invocada y la realmente aplicable, así como por no haberse implementado la citada directiva en el derecho español.

Palabras clave: Permiso parental. Permiso por nacimiento de hijos. Conciliación de la vida personal, familiar y profesional. Cuestión prejudicial.

Abstract: This decision disallows a prejudicial question concerning the interpretation of art. 5.8 of Directive 2019/1158, regarding the hypothetical extension of maternity leave for the biological mother who constitutes a single-parent family, in order to interpret the possible nonconformity of Spanish law with Union law in the protection of single-parent families. The decision is based in the discrepancy between the norm invoked and the one actually applicable, as well as *ratione temporis*, due to its lack of implementation in national law.

Keywords: Parental leave. Maternity and paternity leave. Work-life balance. Prejudicial question.

I. Introducción

La cuestión prejudicial se enfoca en la posible discrepancia del derecho español con el derecho de la Unión en el tratamiento a las familias monoparentales en cuanto respecta a la duración del permiso y prestación por nacimiento de hijos, de acuerdo con la Directiva 2019/1158. Al tratarse de permiso regulado no por esta, sino por la Directiva 92/85/CEE, el planteamiento de la cuestión prejudicial adolece de un defecto de forma, pues, en efecto, se solicita la interpretación del art. 5 de la misma, referido al permiso parental, que, en la fecha de los autos, no se encontraba implementado en el derecho español, pero, que, en cualquier caso, no es equivalente al permiso por nacimiento de hijos previsto en el art. 48.8 ET, cuya aplicación procede en el caso analizado.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala séptima .

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 16 de mayo de 2024 (asunto C-673/22).

Tipo y número recurso o procedimiento: Procedimiento prejudicial C-673/22

ECLI:UE:C:2024:407

Ponente: A. Prechal.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. La cuestión planteada por el juzgado remitente

El problema que se suscita en la sentencia comentada es la interpretación del artículo 5.8 de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, en relación con su considerando 37, respecto de la ampliación de la duración del periodo de prestación por nacimiento de hijos ligado a la suspensión del contrato con tal motivo en la situación de familias monoparentales.

En particular, la cuestión se plantea en auto de fecha de 28/9/2022 por el Juzgado de lo social núm. 1 de Sevilla en los autos núm. 330/2022 (C-673/22), conforme al art. 267 TFUE, en procedimiento en materia de prestaciones de la Seguridad Social, «sobre ampliación del permiso parental». Se alega en el citado auto la hipotética discriminación de los derechos del niño derivada de la falta de ampliación del periodo de suspensión por nacimiento de hijos previsto para familias monoparentales en el art. 182.3 b) de la Ley General de la Seguridad Social española (LGSS) a la prestación económica contributiva por nacimiento de hijos pre vista en el art. 177 de la misma norma legal, pues se trata de un derecho de carácter individual que exige el cumplimiento de los requisitos legales previstos para su reconocimiento por parte de cada progenitor. Delimitados los hechos y la hipotética discriminación causada por la imposibilidad de acumular en la misma progenitora dos periodos de suspensión por nacimiento del mismo hijo en aplicación del art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET), la cuestión jurídica que justifica el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE es la interpretación de la Directiva (UE) 2019/1158 en clave de igualdad, para determinar si esta permite tal acumulación desde la perspectiva de la garantía del derecho a la conciliación que la inspira, y si la norma española que no admite tal acumulación contraviene ambos derechos y, por ende, el derecho de la Unión, al desproteger a las familias monoparentales.

A tal efecto debe recordarse que la Directiva (UE) 2019/1158 se refiere tanto al permiso por nacimiento de hijos en denominación de la legislación española («permiso de paternidad» en el art. 4 de la directiva, definido en el art. 3.1 a de la misma) como al permiso parental previsto en el art. 45.1 o) ET y regulado en el art. 48 bis ET (art. 5 de la directiva, según la definición del art. 3.1 b), y así se indica en el considerando 49 de la directiva. Sin embargo, el periodo de dieciséis semanas al que se refiere el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial no es el regulado en el art. 5 de la directiva, cuya interpretación se invoca. Asimismo, la norma que regula dicho permiso es la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sitúa como marco legal para la resolución de la cuestión que se le somete a consideración.

2. Los hechos

La demandante dio a luz un hijo el 5/11/2021, formando así una familia monoparental y solicitando la prestación por nacimiento de hijos reconocida por el art. 177 LGSS española. Al serle reconocida una sola prestación de duración equivalente a dieciséis semanas, solicitó le fuera esta ampliada al doble, por no existir segundo progenitor que pudiera beneficiarse de ella por cuidado del menor, que le fue denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).

Reclamada la denegación administrativa ante la jurisdicción social, solicita elevar cuestión prejudicial ante el TJUE por vulneración de los derechos de la infancia. La petición fue admitida por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Sevilla, que remite cuestión prejudicial en fecha de 27/10/2022 y que es instado, a su vez, por el TJUE (en fecha de 4/10/2023) para la oportuna aclaración de los términos de la cuestión prejudicial formulada, en tanto que se refería a la interpretación del permiso parental regulado en el art. 5 de la Directiva 2019/1158, cuando la situación litigiosa se ciñe estrictamente al permiso por nacimiento de hijos derivada de parto. El juzgado remitente insiste en su respuesta en que solicita la interpretación del art. 5.8 de la directiva en relación con su considerando núm. 37, en tanto el permiso parental y el permiso «de maternidad» guardan similitud, preguntando si la cuestión formulada resulta necesaria para no incurrir en denegación automática del derecho a la ampliación de la prestación y período de suspensión contractual en perjuicio de los menores nacidos en familias monoparentales, quienes no cuentan con un total de treinta y dos semanas de cuidados.

IV. Posición de las partes

La demandante sostiene que la falta de previsión acerca de la acumulación de la suspensión del contrato por nacimiento de hijos y, en concreto, la prestación que lleva aparejada, en caso de familias monoparentales sitúa a tales familias en una posición de desigualdad no justificada. Por consiguiente, en una situación discriminatoria, al privarse al neonato del tiempo extendido que resultaría de la existencia de otro progenitor que atendiera a sus cuidados, que vulnera los derechos de la infancia reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Por su parte, el INSS considera que tal reconocimiento automático, sin someterlo a la previa valoración de las condiciones que exige la legislación de seguridad social para causar la prestación, haría de peor condición a los progenitores de familias biparentales, a quienes se exige acreditar, por separado, el cumplimiento de tales requisitos legales, lo cual impide una interpretación favorable a tal tesis y contraria a la literalidad de la ley. Por tal razón, mantiene que no resulta necesario plantear cuestión prejudicial, toda vez que de la regulación española no se infiere discriminación de los derechos del niño.

El juzgado de origen se pregunta si no otorgar un trato específico a las familias monoparentales que proporcione un periodo de cuidados tras el nacimiento de hijos similar al de una familia biparental puede resultar discriminatorio para los menores nacidos en dicho tipo de familias.

V. Normativa aplicable al caso

Son de aplicación al caso el considerando núm. 37 y los arts. 3, 4, 5 y 20 de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, así como el art. 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 48 bis del mismo texto, y los arts. 177 a 179 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

VI. Doctrina básica

En el plano procesal, es competencia del juez nacional valorar la pertinencia de plantear cuestión prejudicial, bajo la condición de su necesidad en relación con la resolución del caso sometido a su decisión, lo que le obliga, en su planteamiento, a la conexión del supuesto a decidir y su marco normativo con el derecho de la Unión y, en concreto, del precepto cuya interpretación solicita al TJUE y su relación con el derecho nacional aplicable. Lo contrario faculta al TJUE a abstenerse sobre la interpretación de una norma de la Unión si esta no guarda relación directa con el litigio principal, aun cuando exista cierta conexión entre ambas normas.

Las Directivas 92/85/CEE y 2019/1158 protegen, respectivamente, la salud de la madre biológica en caso de embarazo y parto, y el cuidado a los recién nacidos (o adoptados) en clave de corresponsabilidad y fomento de la conciliación de la vida familiar y profesional. Pero su traducción en el derecho nacional tiene lugar en el art. 48.4 ET, mientras que una de las figuras de la segunda directiva citada, el permiso parental que regula su art. 5, no se ha materializado en el derecho español hasta una fecha posterior a los hechos y al propio planteamiento de la cuestión prejudicial, lo que, tanto *ratione materiae* como *ratione temporis*, priva de contenido efectivo a esta, al referirse a un precepto que no se había traspuesto aún al derecho interno y a una figura diferente de la que regula tal norma, en cuanto el art. 5 de la directiva citada no se refiere al periodo de descanso posterior al parto, sino al permiso parental.

VII. Parte dispositiva

La resolución rechaza la admisión de la cuestión prejudicial, declarando que no proceda interpretar sus disposiciones a los efectos del procedimiento principal, por ser la cuestión planteada hipotética *ratione temporis*, e inadmisibles *ratione materiae*, en tanto se refiere a cuestiones no reguladas por la norma cuya interpretación se solicita.

VIII. Pasajes decisivos

Respecto a la pertinencia del planteamiento de la cuestión prejudicial, «corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio principal y que debe asumir la responsabilidad de la resolución judicial que ha de adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia» (para. 22), por lo que «las cuestiones prejudiciales relativas al Derecho de la Unión gozan de una presunción de pertinencia», pero «debe ser «necesaria» para que el órgano jurisdiccional remitente pueda «emitir su fallo» en el asunto de que conoce» (para. 23). A tal fin, «es indispensable que el órgano jurisdiccional nacional exponga expresamente, en la resolución de remisión, el marco fáctico y normativo en el que se inscribe el litigio principal y facilite unas explicaciones mínimas sobre los motivos de la elección de las disposiciones del derecho de la Unión cuya interpretación solicita y sobre la relación que establece entre esas disposiciones y la normativa nacional aplicable al litigio del que conoce» (para. 24), por lo que el TJUE «puede abstenerse de pronunciarse ... cuando resulte evidente que la interpretación de una norma de la Unión que se ha solicitado carece de relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal» (para. 25).

En este caso, «por lo que se refiere a la aplicación *ratione materiae* del artículo 5 de la Directiva 2019/1158, relativo al permiso parental, ha de señalarse que el litigio principal trata de una solicitud presentada con el objeto de que se amplíe dieciséis semanas el permiso de maternidad por la condición de familia monoparental de la demandante», pero los preceptos aplicables al caso «parecen regular el permiso de maternidad o de paternidad» (para. 27). «...el juzgado remitente no explica por qué solicita la interpretación del artículo 5 de la Directiva 2019/1158, que se refiere al permiso parental, ni la relación que existe entre este precepto y las disposiciones del derecho nacional que regulan el permiso de maternidad o el permiso de paternidad a las que dicho juzgado alude».

En cuanto a los conceptos y normas aplicables, determinantes de la pertinencia del planteamiento de la cuestión prejudicial, «los conceptos de 'permiso parental', de 'permiso de paternidad' y de 'permiso de maternidad' tienen un sentido preciso y diferenciado en el derecho de la Unión» (para. 28). Asimismo, «el permiso parental y el permiso de maternidad persiguen distintas finalidades. Así, mientras que el permiso parental se concede a los progenitores para que puedan ocuparse de su hijo y puede disfrutarse hasta una edad determinada del hijo, que puede ser de hasta ocho años, el permiso de maternidad tiene como finalidad asegurar la protección de la condición biológica de la mujer y las especiales relaciones entre ella y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones» (para. 29).

En definitiva, «el juzgado remitente no aclara la relación entre, por un lado, el litigio principal, que versa sobre una solicitud de ampliación de un permiso de maternidad, regulado en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y los artículos 177 a 179 de la LGSS, y, por otro lado, la interpretación del artículo 5 de la Directiva 2019/1158, que reconoce a cada progenitor un derecho individual a un permiso parental y concreta su régimen. El artículo 5 de esta Directiva no se refiere al permiso de maternidad y, por tanto, no regula la cuestión de la ampliación de este permiso debido a que una madre forme con su hijo una familia monoparental. No desvirtúan esta conclusión las similitudes alegadas entre el permiso parental y el permiso de maternidad ni el riesgo de que se realice una aplicación estricta de la normativa española que pudiera no tener en cuenta la situación particular de las familias monoparentales» (para. 33). «Por lo tanto, no se ha acreditado que el artículo 5 de la Directiva 2019/1158 sea aplicable *ratione materiae* al litigio principal. En consecuencia, la interpretación de esta disposición no es necesaria para que el juzgado remitente pueda resolver el litigio principal» (para. 34).

En tercer lugar, se solicita la interpretación del derecho español de acuerdo con una directiva que España no tenía obligación de trasponer hasta el 2/8/2022 (para. 35 y 36), ni tampoco consta que España se anticipara a tal transposición (para. 36), por lo que, por razones de *ratione temporis*, «no procede interpretar sus disposiciones a los efectos del procedimiento principal» (para. 37), lo que provoca que la cuestión no puede admitirse (para. 39) por su carácter meramente hipotético (para. 38).

IX. Comentario

1. Protección por cuidado de hijos y permiso parental: distintas finalidades

Las Directivas 92/85/CEE y 2019/1158 se refieren, respectivamente, a la tutela a las trabajadoras en los supuestos de parto, incluyendo los «permisos por maternidad» (en la actual legislación española, por nacimiento de hijos) y a la promoción de la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los trabajadores. Persiguen, pues, finalidades distintas, en tanto, en el estricto marco de la protección de la salud laboral, la Directiva 92/85/CEE se centra en garantizar el descanso y la recuperación física de la madre tras el parto, derecho que se garantiza mediante otros derechos complementarios que refuerzan el efectivo ejercicio del mismo, y que reconoce, en su art. 8, intitulado «permiso de maternidad», un periodo de descanso antes y/o tras el parto de catorce semanas ininterrumpidas mínimas, de las cuales al menos dos deben tener carácter obligatorio, sean antes o después del parto. Comoquiera que esta norma se inserta en un texto legislativo dirigido a garantizar la salud de la trabajadora con ocasión del embarazo y la lactancia, la distribución de las dieciséis semanas previstas en la legislación española desde antaño no parecía ajustarse a dicha finalidad, en tanto permitía ceder al otro progenitor hasta diez semanas, dejando, pues, el periodo reconocido a la madre en unas escasas seis semanas. Con independencia de que la realidad práctica permitiera constatar que en la mayor parte de los casos las titulares del derecho se acogían al periodo completo, no debe soslayarse que la hipótesis alternativa era factible y así estaba previsto en la ley. Tras la creación en el derecho español de un permiso paralelo para el otro progenitor de la misma duración, el espíritu de la Directiva 92/85 recibía una acogida formal en la

legislación española, en tanto las dieciséis semanas, periodo mayor que las catorce previstas en aquella, no sufrirían merma alguna. De suerte que la madre biológica podría disponer de un permiso con dos finalidades, la recuperación física y los cuidados, mientras el otro progenitor dispone de un periodo íntegramente destinado a los cuidados del neonato. En realidad, pues, el periodo teórico destinado al neonato es, a lo sumo, de veintiséis semanas, y no de treinta y dos, como mantiene el juzgado remitente de la cuestión prejudicial, y ello si la recuperación física no se toma en cada caso un periodo mayor a un mes y medio. Partiendo, en todo caso, de que tal periodo se disfrute con posterioridad al parto, pues, de acogerse la madre embarazada a su disfrute previo al parto, como permite la Directiva 92/85, el tiempo destinado a los cuidados del menor sería, consiguientemente, de cero días, frente a las dieciséis semanas del otro progenitor, si bien la legislación española no permite tal disfrute más allá de diez semanas, en tanto seis deben ser posteriores al parto y, en tal caso, también teóricamente dedicados al restablecimiento de la salud de la madre.

Por el contrario, la Directiva 2019/1158 se centra en la conciliación de la vida familiar y profesional propiamente dicha, esto es, en la armonización de las obligaciones relacionadas principalmente con el cuidado de la familia con los horarios y exigencias del trabajo. Para ello regula sendos derechos, a los que llama «permisos» en sus arts. 4 y 5 respectivamente: el *permiso de paternidad*, integrado en la legislación española actualmente dentro del genérico permiso por nacimiento de hijos (suspensión del contrato), y con una duración mínima de diez días laborales, equivalente, por el contrario, en nuestra legislación, para ambos progenitores en dieciséis semanas (tras sustituir al permiso de paternidad nacido de la LO 3/2007); y el *permiso parental*, reconocido a ambos progenitores, de cuatro meses, para el cuidado de hijos, siempre y cuando se disfrute antes de que estos cumplan los ocho años o la edad fijada por cada legislación nacional, sin posibilidad de transferir en su integridad el derecho al otro progenitor (respetando el mínimo de dos meses). Junto a ellos, el art. 6 regula un permiso similar para cuidadores, al que no se efectuará mayor alusión, dado que la controversia se centra en los dos primeros derechos.

Por otra parte, dicha regulación admite que su transposición en los derechos internos se efectúe a través de figuras con distinta denominación (considerando 49), de suerte que en el derecho español cabe aplicar la vigente fórmula, desde 2019 (ex art. 2.10 del Real decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo), del permiso por nacimiento de hijos, en el que se integra tanto el derivado de la Directiva 92/85 (para la progenitora biológica) como el del art. 4 de la Directiva 2019/1158 (para el padre o el otro progenitor), mientras el permiso parental se introduce, en fechas más recientes (ex art. 127.7 del Real decreto-ley 5/2023, de 28 de junio), respetando su denominación literal, en el art. 48 bis ET. En todo caso, en la fecha de autos (2022), este permiso no se encontraba incorporado al derecho español, que únicamente recogía lo previsto en el art. 4 de la directiva, así como la regulación derivada de la Directiva 92/85, lo cual significa que la invocación del art. 5 de la Directiva 2019/1158 y la conformidad de la legislación española con el mismo, en realidad, se está extrapolando a una situación totalmente diferente, que no permite su confusión, en tanto *permiso de paternidad* y *permiso parental* son figuras totalmente diversas entre sí, no ya porque la Directiva 2019/1158 pretenda fomentar la corresponsabilidad en el cuidado de hijos, y se centre en el padre o el otro progenitor, sino porque el permiso parental está previsto para ampliar los periodos de cuidados más allá de las semanas posteriores al parto (o, en su caso, adopción), sin relación alguna con dicho periodo inmediatamente posterior al parto, que es al que se refiere el litigio, aun cuando se vinculan «al nacimiento con el fin de prestarle asistencia» (considerando 19). Y ello porque, como afirma literalmente el considerando 20, «el objetivo de garantizar que cada progenitor disponga al menos de dos meses de permiso parental, con carácter exclusivo y que no pueda transferirlos al otro progenitor, es animar a los padres a hacer uso de su derecho a tal permiso», y porque la madre disfrutará del periodo de «maternidad» y del permiso parental.

Así pues, el art. 5 en modo alguno se está refiriendo al *permiso de maternidad*, en nuestro derecho *por nacimiento de hijos*, sino al periodo ulterior destinado en exclusiva al cuidado de los neonatos, para el cual garantiza un periodo mínimo de cuatro meses

(considerando 21), que supera con creces las ocho semanas previstas en el art. 48 bis ET, pero que pudieran considerarse de forma conjunta con las establecidas en el art. 48.4 ET, en concepto de permiso por nacimiento de hijo, cuando este se disfrute por el segundo progenitor, que, restados los diez días laborables previstos en concepto de «permiso por paternidad» en el art. 4 de la Directiva 2019/1158, hacen un total de ciento dos días, por consiguiente, veintidós semanas y media o su equivalente en meses, algo más de cinco meses. En consecuencia, el derecho español supera las garantías previstas en el derecho de la Unión en lo que al padre o al otro progenitor se refiere, no solo en duración, sino en el ejercicio del derecho, pues las semanas que se integran en el periodo inmediatamente posterior al nacimiento de hijos no se encuentran condicionadas por el ejercicio de las facultades empresariales a las que alude el art. 5 de la directiva (aplazar la concesión del permiso por razones de funcionamiento de la empresa, que en el derecho español se limita a los casos en los que dos titulares del derecho lo ejerzan -de forma simultánea- para el cuidado de la misma persona) o bien por requisitos legalmente establecidos. según sugiere el mismo precepto (acreditar un periodo de antigüedad en la empresa). No así respecto de la madre, a quien la Directiva 92/85/CEE concede catorce semanas, a las que deben sumarse las dieciséis semanas de la Directiva 2019/1158, lo que hace un total de treinta y seis semanas, mientras que el derecho español prevé para la madre veinticuatro semanas, de las cuales, además, algunas tienen finalidades biológicas y no de cuidados.

2. Permiso parental y efectiva conciliación de la vida familiar y profesional

Por lo que respecta a la madre biológica, el art. 5 de la Directiva 2019/1158 permite la aplicación del permiso parental a esta, al admitir la cesión de hasta la mitad del periodo (dos meses) a la madre, que puede acumular al correspondiente permiso de maternidad de catorce semanas (dieciséis en el derecho español). Pero, a la inversa, también parece permitir lo contrario: que el otro progenitor reciba ese periodo adicional por transferencia de la madre. Posibilidad que, por el contrario, no admite el derecho español, al disponer de manera explícita que no cabe la transferencia del permiso parental en ningún caso (art. 48 bis.2 ET). Tal imposibilidad permitiría avalar, asimismo, la ampliación del periodo que corresponda a un progenitor por la ausencia del otro, en tanto se prevé de manera tajante y clara la opción por acumulación alguna. Si bien es cierto que, en su considerando 37, la directiva sí alude a la adaptación de las condiciones de acceso al permiso y sus modalidades de ejercicio a las necesidades específicas de ciertos progenitores, citando explícitamente a las familias monoparentales o a los nacimientos múltiples, entre otros casos. Esta adaptación se realizó en el derecho español únicamente en el seno de los permisos por nacimiento de hijos, no así en la regulación del permiso parental, pero, en este caso, para recoger algunas de tales sugerencias, como la atención especializada a los partos prematuros y a las hospitalizaciones postparto del neonato, así como a la discapacidad de este y a los partos múltiples, en este caso para ampliar la duración del periodo, pero no incluyó entre ellas la situación de monoparentalidad.

Por otra parte, la regulación del permiso por nacimiento de hijos en el derecho español pretende garantizar, en el plano teórico, que el otro progenitor se haga cargo de los cuidados al neonato mientras la madre biológica recupera su salud, por espacio de seis semanas (art. 48.4.2º ET), al disponer su disfrute obligatorio y a jornada completa, por lo que resulta más garantista que la directiva en la consecución de este objetivo. En el caso de monoparentalidad, las seis semanas previstas para la recuperación de la salud reducen las propiamente destinadas al cuidado efectivo del neonato, por lo que, en esta línea, se aprecia un perjuicio para dichos menores respecto de los que cuentan con dos progenitores dedicados a sus cuidados, y con atención efectiva de al menos uno de ellos mientras el otro recupera su salud. Al menos en el plano teórico en el que está concebida la norma, sin perjuicio de que la realidad social apunte a que la madre biológica en esas condiciones siga procurando los cuidados al neonato, más allá de la lactancia natural. Sin embargo, la norma no prevé solución a este déficit, ni tampoco lo prevé el derecho de la Unión, por lo que apelar a este para la interpretación del derecho español en clave de igualdad no

aporta en realidad solución real al problema, toda vez que dicha normativa ni siquiera ha previsto que el otro progenitor se haga cargo de los cuidados del menor más allá de los diez días inmediatamente posteriores al parto, pues el permiso parental no se liga necesariamente a este momento, sino a cualquier otro periodo que alcance hasta una edad próxima a los ocho años del menor, lo que permite hacer uso de dicho permiso en fechas muy alejadas del parto, privando así a la madre biológica de la atención necesaria a su salud, pues, salvando tales diez días, el resto de los que precise para alcanzar su bienestar pueden solaparse con las catorce semanas reconocidas por la Directiva 92/85, que, precisamente, atiende a la salud de la madre. Deja así, a su decisión, el ejercicio de un permiso parental que cubra el periodo realmente dedicado a los cuidados del neonato, si es que precisa de las catorce semanas (o buena parte de ellas) que le concede la Directiva 92/85 para recuperar su salud y que, bajo la regulación del art. 5 de la Directiva 2019/1158, pueden ser condicionados por razones organizativas de la empresa, en tanto que una parte de dicho permiso podría disfrutarse a continuación del «permiso por maternidad», lo que igualmente permitiría dicha ampliación a las familias monoparentales, conectando ambos permisos, pues el precepto no excluye su ejercicio del derecho por el progenitor biológico.

3. *Desenfoque de la cuestión prejudicial*

De acuerdo con lo expuesto, la interpretación del art. 5 de la Directiva 2019/1158 podría invocarse en relación con el permiso por paternidad, en tanto este incorpora, de *facto*, parte del periodo reconocido como permiso parental al otro progenitor distinto de la madre biológica, aun cuando se refiera literalmente a un permiso que en la fecha de autos no había sido incorporado al derecho español. En todo caso, sea cual sea el titular del permiso parental, actualmente regulado en el art. 48 bis ET, y con independencia de la forma empleada por el derecho español para trasponer el contenido de la citada directiva, sea con un permiso de la duración en él literalmente prevista, o bien repartiendo su duración entre otras figuras, como es la solución que parece deducirse de la lectura conjunta de los arts. 48 y 48 bis ET, haciendo uso de la libertad de denominación y ejecución del mandato de la directiva (considerando 49), lo cierto es que la cuestión prejudicial no se centra realmente en los permisos regulados en nuestro derecho para el otro progenitor, sino en el de la madre biológica.

La cuestión realmente planteada, la ampliación del permiso por nacimiento de hijos para la madre biológica en familia monoparental, no guarda relación alguna con dicho precepto, al referirse estrictamente a una hipotética acumulación de dos periodos distintos del mismo permiso (no de permisos diferentes), para un supuesto que no prevé la propia directiva en su art. 4, referido al permiso de «paternidad», por lo cual tampoco sería de aplicación al caso litigioso, ni, por ende, en su art. 5, sino, por el contrario, el art. 8 de la Directiva 92/85/CEE, que no realiza alusión alguna a adaptaciones del mismo a situaciones especiales y, por tanto, no se refiere a las familias monoparentales.

X. Apunte final

Cabría plantear, finalmente, si una formulación alternativa de la cuestión podría haber amparado su admisión por el TJUE, a fin de que este se pronunciase sobre la interpretación de la acomodación de la legislación española sobre permisos ligados al nacimiento de hijos al derecho de la Unión en la protección de familias monoparentales.

Podría valorarse, asimismo, la oportunidad de introducir en el derecho interno la consideración especial a las familias monoparentales en la regulación del periodo de suspensión del contrato de trabajo y su correspondiente prestación por nacimiento de hijos, en tanto el tiempo efectivo de cuidado a los neonatos se reduce con la detración del periodo que debe dedicarse al restablecimiento de la salud, que no puede suplirse con la intervención del (inexistente) otro progenitor.

Sin embargo, desde la perspectiva del derecho de la Unión, no parece apreciarse disconformidad entre la regulación vigente, a fecha de 2024, y dicho marco legal

europeo para las familias monoparentales, que, según el tenor literal del considerando 37 de la Directiva 2019/1158, simplemente «anima a los Estados miembros» a valorar si deberían adaptarse a las necesidades específicas de tales familias en cuanto respecta a las condiciones y las modalidades de ejercicio del derecho, no ya en cuanto a su duración. Cuestión distinta es que la transposición de la directiva en el derecho español se haya realizado de forma correcta y no discriminatoria, lo cual permitiría también solicitar su parecer al TJUE respecto a la integración de la insuficiencia del permiso parental (ocho semanas en el art. 48 bis ET), de cuatro meses en el art. 5, con la extensión del permiso de paternidad (dieciséis semanas en el art. 48.4 ET), de solo diez días en el art. 4, así como, especialmente, la discriminación por razón de sexo que podría vincularse a que la madre cuente con un menor periodo dedicado a los cuidados, en cuanto de su permiso total (veinticuatro semanas, resultantes de la suma de ambos permisos) debe descontarse el tiempo destinado a recuperación de la salud, máxime cuando se trate de mujeres que constituyen familias monoparentales. Esto es, si cabe reputar como discriminatorio que las mujeres tengan en el derecho español un permiso *de facto* menor que los hombres para ejercer los cuidados, frente al derecho de la Unión, donde se prima a la madre biológica en la extensión de tales periodos.

- § 42 ¿El personal estatutario interino ha de acceder al sistema de carrera profesional en las mismas condiciones que el personal estatutario fijo? Sobre la diferencia de trato entre personal estatutario sanitario fijo e interino al computar el tiempo de prestación de servicios.

María Areta Martínez

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

Resumen: La STS-CONT núm. 663/2024, de 18 de abril, reitera que el acceso del personal estatutario sanitario interino al sistema de carrera profesional ha de realizarse en igualdad de condiciones que el personal estatutario sanitario fijo. La Ley cántabra 9/2010 computa de distinto modo el periodo de cinco años de prestación de servicios exigido para acceder al grado I del sistema de carrera profesional según que el personal estatutario sea interino o fijo. Concretamente, la disposición adicional undécima de la Ley cántabra establece que los servicios del personal estatutario interino computarán cuando se hayan prestado en una serie de condiciones no exigibles al personal estatutario fijo, que son las siguientes: 1) con vínculo de derecho administrativo, 2) en las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, y 3) en la misma plaza o en otra de contenido funcional equivalente. El TS declara que la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010: 1) dispensa al personal estatutario interino una diferencia de trato no justificada respecto al personal estatutario fijo en materia de carrera profesional; y 2) incurre en discriminación contraria a la Cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70/CE. El TS no alberga dudas de la incompatibilidad de la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010 con el Derecho de la Unión Europea, de ahí su inaplicación sin necesidad de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE. El TS concluye que, a efectos del reconocimiento del grado I de carrera profesional en el Servicio Cántabro de Salud, el periodo de cinco años de prestación de servicios exigido ha de computarse al personal estatutario interino de igual modo que al personal estatutario fijo. Por tanto, los servicios sanitarios valorables al personal estatutario interino han de ser los prestados no solo en el Servicio Cántabro de Salud, en el que se solicita el reconocimiento de la carrera profesional, sino también en cualesquiera otros servicios del Sistema Nacional de Salud.

Palabras clave: Personal estatutario sanitario interino y fijo. Igualdad de trato y no discriminación. Sistema de carrera profesional. Cómputo de prestación de servicios sanitarios. Servicio Cántabro de Salud. Sistema Nacional de Salud.

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la STS-CONT núm. 663/2024, de 18 de abril (ECLI:ES:TS:2024:2014), que resuelve el Recurso de casación núm. 1197/2022, interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria contra la STSJ de Cantabria-CONT núm. 258/2021, de 18 de octubre, que resuelve el recurso de apelación núm. 143/2021 (ECLI:ES:TSJCANT:2021:811), sobre reconocimiento de grado I del sistema de carrera profesional al personal sanitario estatutario interino del Servicio Cántabro de Salud.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

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

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 663/2024, de 18 de abril.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 1197/2022.

ECLI:ES:TS:2024:2014

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La disposición adicional undécima de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, del personal estatutario de instituciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria, señala que el grado I de carrera profesional se reconoce al personal estatutario sanitario interino del Servicio Cántabro de Salud que haya prestado servicios con vínculo de derecho administrativo durante cinco años en las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud en la misma plaza u otra de contenido funcional equivalente. Así, el reconocimiento del grado I de carrera profesional al personal estatutario sanitario interino del Servicio Cántabro de Salud exige que los servicios sanitarios valorados se hayan prestado: 1) con vínculo de derecho administrativo, 2) durante cinco años, 2) en las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, y 4) en la misma plaza o en otra de contenido funcional equivalente. Por su parte, el artículo 57.a) de la Ley cántabra 9/2010 señala que el grado I de carrera profesional se reconoce al personal estatutario sanitario fijo del Servicio Cántabro de Salud que haya prestado servicios durante cinco años en cualquier servicio de salud del Sistema Nacional de Salud. A diferencia del personal interino, al personal fijo que accede a la carrera profesional no se le exige que los cinco años de servicios sanitarios se hayan prestado: 1) exclusivamente en el ámbito territorial del Servicio Cántabro de Salud, y 2) mediante vínculo administrativo; solo se le exige que los servicios sanitarios se hayan prestado dentro del Sistema Nacional de Salud, con independencia del ámbito territorial y de la naturaleza del vínculo (laboral, estatutario, funcional).

El auto de admisión del recurso de casación fija como cuestión de interés casacional para la formación de jurisprudencia la siguiente: *si, de conformidad con el artículo 40.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, los servicios a computar para el reconocimiento de la carrera profesional se han de prestar exclusivamente en el servicio de salud en el que se ha solicitado tal reconocimiento de carrera profesional*. Concretamente, se trata de dilucidar si los servicios sanitarios valorables para el reconocimiento de carrera profesional del personal estatutario interino del Servicio Cántabro de Salud deben ser los prestados exclusivamente en dicho servicio autonómico de salud o también, tal y como sucede a efectos de carrera profesional del personal estatutario fijo, en otros

servicios de salud que integran el Sistema Nacional de Salud. En última instancia, se trata de determinar si procede o no aplicar la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010, lo cual pasa por clarificar si esta resulta o no contraria a la Cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70/CE, referida al principio de no discriminación entre personal temporal y personal fijo.

Nótese que el problema de fondo no es si el personal estatutario temporal tiene o no derecho a la carrera profesional, que lo tiene, sino si el acceso a la carrera profesional debe ser o no en las mismas condiciones que el personal estatutario fijo. La normativa cántabra reconoce al personal estatutario interino el derecho a la carrera profesional, pero no en las mismas condiciones que al personal estatutario fijo, y ello es así porque, a diferencia de este, solo se le computan los servicios sanitarios prestados en el mismo Servicio Cántabro de Salud y con vínculo administrativo.

Los hechos declarados probados según la documentación obrante en las actuaciones judiciales han seguido el *iter* cronológico señalado a continuación:

- **El 14 de marzo de 2018**, el Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud dicta la Resolución CVE-2018-2636, que aprueba la convocatoria 2018 del procedimiento de reconocimiento de grado I en el sistema de carrera profesional del personal interino al servicio de las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud (Código de convocatoria 17 PCP/1802) (BO Cantabria núm. 56, de 20 marzo 2018). La Base Segunda.1 de la convocatoria señala que, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010, podrán solicitar el reconocimiento del grado I de carrera profesional las personas que acreditan, entre otros requisitos, el de *tener la condición de personal interino de instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, en los cuerpos y categorías estatutarias previstas en el ámbito de aplicación del Acuerdo de carrera profesional, siempre que haya prestado servicios con vínculo de derecho administrativo durante cinco años en las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud en la misma plaza u otra de contenido funcional equivalente*.
- **Entre el 21 de marzo de 2018 y el 31 de diciembre de 2018**, el personal estatutario sanitario interino del Servicio Cántabro de Salud que lo desee puede presentar en la convocatoria 2018 una única solicitud de reconocimiento de grado I de carrera profesional. La demandante, que es Facultativo Especialista en el Área de Reumatología (A/A1 Sanitario) con nombramiento de personal estatutario interino en el Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, solicita en plazo el grado I de carrera profesional. La demandante acredita un total de 3.466 días de servicios sanitarios como personal estatutario interino en el Sistema Nacional de Salud, de los que 1.446 han sido en el Servicio Cántabro de Salud (menos de 5 años) y 2.020 en el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. La demandante no hace valer en esta convocatoria los 1.461 días de prestación de servicios como MIR (en régimen laboral).
- **El 1 de abril de 2019**, el Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud dicta Resolución que deniega a la demandante el acceso al grado I de carrera profesional con la siguiente motivación: *no ha prestado servicios con vínculo administrativo durante los (cinco) años exigidos en Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud en la misma plaza u otra de contenido funcional equivalente*, según exige la convocatoria y la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010. La demandante recurre en alzada dicha Resolución, considerando que la restricción

contenida en la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010 es discriminatoria frente a los requisitos legales establecidos para el personal estatutario fijo, sin que tal diferencia de trato tenga una justificación objetiva y razonable, lo cual implica vulneración de la Cláusula 4.1 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada (Anexo a la Directiva 1999/70/CE).

- El **10 de febrero de 2021**, la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria dicta Resolución desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por la demandante contra la Resolución del Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud, de 1 de abril de 2019. La Resolución desestima el recurso de alzada en atención a los informes emitidos. Concretamente, la Resolución señala que no computan los días de servicios en el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha por haberse prestado fuera del ámbito del Servicio Cántabro de Salud, y que la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010 exige al personal interino que los servicios sanitarios se hayan prestado en instituciones del Servicio Cántabro de Salud, por lo que concluye que no se computan los servicios ajenos. La demandante interpone demanda contra la Resolución de la Consejería.
- El **9 de junio de 2021**, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander dicta la sentencia núm. 131/2021, recaída en Procedimiento Abreviado núm. 89/2021 (ECLI:ES:JCA:2021:3015), que estima íntegramente la demanda. La Sentencia considera que existe una diferencia de trato injustificada entre el personal estatutario interino y el personal estatutario fijo respecto al modo de computar los 5 años de prestación de servicios requeridos para acceder al grado I de carrera profesional. Al personal estatutario interino se le exige que los servicios sanitarios se presten en régimen administrativo y dentro de las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, mientras que al personal estatutario fijo no se le exigen ambos requisitos, bastando que los servicios sanitarios se presten en cualesquiera servicios del Sistema Nacional de Salud. El Juzgado concluye que la Cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, que figura como Anexo de la Directiva 1999/70/CE, obliga a no aplicar la disposición adicional undécima de la Ley 9/2010, de ahí el personal estatutario temporal, que realiza exactamente las mismas funciones que el personal estatutario fijo, ha de tener el mismo régimen de carrera profesional, salvo razones objetivas y justificadas. El Juzgado estima íntegramente la demanda y, en consecuencia:
 - Anula tanto la Resolución de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria de 10 de febrero de 2021 como la Resolución del Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud de 1 de abril de 2019.
 - Condena al Servicio Cántabro de Salud a reconocer a la demandante el derecho a que se tramite de nuevo su solicitud de reconocimiento de carrera profesional, valorándose los servicios prestados como Facultativo Especialista en el Área de Reumatología del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha que fueron excluidos, en los mismos términos que al personal estatutario fijo, reconociendo el acceso al grado I en caso de cumplirse.

- Impone las costas a la Administración demanda limitadas a 500 euros por todos los conceptos regulables.
- El **18 de octubre de 2021**, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cantabria dicta sentencia núm. 258/2021, que desestima el recurso de apelación núm. 143/2021 (ECLI:ES:TSJCANT:2021:811), interpuesto por el Servicio Cántabro de Salud frente a la sentencia núm. 131/2021, de 9 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander.
- El **11 de enero de 2024**, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS dicta auto acordando admitir a trámite el recurso de casación preparado por la Letrada de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria contra la STJS de Cantabria-CONT núm. 258/2021, de 18 de octubre, que desestimó el recurso de apelación núm. 143/2021.
- El **23 de febrero de 2024** se adopta providencia, que señala el 16 de abril de 2024 como fecha para la deliberación y fallo del recurso de casación núm. 1197/2022, interpuesto frente a la STJS de Cantabria-CONT núm. 258/2021.
- El **16 de abril de 2024** tienen lugar los actos de deliberación (votación) y fallo del recurso de casación núm. 1197/2022, interpuesto frente a la STJS de Cantabria-CONT núm. 258/2021.
- El **17 de abril de 2024**, el magistrado ponente (Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo) entrega la sentencia que resuelve el recurso de casación núm. 1197/2022.
- El **18 de abril de 2024** es la fecha de emisión de la STS-CONT núm. 663/2024, que resuelve el recurso de casación núm.1197/2022, y que ahora se comenta.

IV. Posiciones de las partes

1. La parte recurrente (Servicio Cántabro de Salud)

El Servicio Cántabro de Salud sostiene que la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010 no vulnera la Cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, Anexo a la Directiva 199/70/CE, por las razones expuestas a continuación:

- La disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010 no hace sino positivizar la doctrina del TS que reconoce al personal estatutario interino de larga duración el acceso a la carrera profesional, entendiendo por tal aquel que lleva más de 5 años de relación de prestación de servicios en el Servicio Cántabro de Salud y en la misma plaza.
- La Cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, Anexo a la Directiva 1999/77/CE, permite la diferencia de trato entre personal estatutario interino y personal estatutario fijo en materia de carrera profesional siempre que se justifique, y tal justificación viene dada por el propio concepto jurisprudencial de interino de larga duración.
- La exigencia de que los servicios del personal estatutario interino se hayan prestado en el Servicio Cántabro de Salud se fundamenta en el concepto de carrera profesional recogido en: 1) el artículo 40 de la Ley 55/2003; 2) el

artículo 56 de la Ley cántabra 9/2010; y 3) el art. 1.2 del Acuerdo por el que se regula el sistema de carrera profesional del personal sanitario de los subgrupos A1 y A2 de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, aprobado por el Consejo de Gobierno de Cantabria el 16 de noviembre de 2017, que remite al trabajo realizado en la organización y al cumplimiento de los objetivos de la organización, de ahí que los servicios prestados en otro Servicio de Salud no pueden computarse.

2. La parte recurrida (Personal estatutario interino)

La demandante (ahora parte recurrida), que presta servicios como Facultativo Especialista en el Área de Reumatología del Hospital Marqués de Valdecilla con nombramiento de personal estatutario interino, se opone al recurso de casación:

- Considera que, a efectos del acceso del personal estatutario interino al grado I del sistema de carrera profesional, la restricción establecida en la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010 es discriminatoria respecto a los requisitos exigidos para el acceso del personal estatutario fijo al sistema de carrera profesional establecidos por: 1) el artículo 40 de la Ley 55/2003, 2) el artículo 56 de la Ley cántabra 9/2010, y 3) la Resolución CVE-2018-2636, por la que se aprueba la convocatoria 2018 del procedimiento de reconocimiento del grado I en el sistema de carrera profesional del personal interino al servicio de las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud (BO Cantabria núm. 56, de 20 marzo 2018).
- Concluye que la diferencia de trato entre personal estatutario fijo y personal estatutario interino al computar el periodo de prestación de servicios a efectos del reconocimiento del grado de carrera profesional carece de justificación objetiva y razonable, con la consiguiente vulneración de la Cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, Anexo a la Directiva 1999/70/CE.

V. Normativa aplicable al caso

La STS-CONT núm. 663/2024, de 18 de abril, fundamenta el Fallo en la normativa y jurisprudencia señaladas a continuación:

Normativa de la Unión Europea:

- 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 (DO Unión Europea Serie L núm. 175, de 10 julio 1999).

Normativa estatal aplicable al caso:

- Constitución Española (CE).
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS) (BOE núm. 128, de 29 mayo 2003): artículo 41.
- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (LOPS) (BOE núm. 280, de 22 noviembre 2003): artículos 37, 38 y 39.
- Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (EMPESS) (BOE núm. 301, de 17 diciembre 2003): artículo 40.

Normativa autonómica reguladora de la cuestión (el órgano judicial no aplica por resultar contraria al Derecho de la Unión Europea):

- Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de Instituciones Sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOE núm. 34, de 28 diciembre 2010): artículos 56 y 61.2.e) y disposición adicional undécima.
- Resolución CVE-2017-10656 por la que se dispone la publicación del Acuerdo por el que se regula el Sistema de Carrera Profesional del personal sanitario de los subgrupos A1 y A2 de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, adoptado en el seno de la Mesa Sectorial de Personal de Instituciones Sanitarias con las organizaciones sindicales UGT, CSI-F, SATSE, CC.OO. y ATI con fecha 31 de octubre de 2017 y aprobado por el Consejo de Gobierno con fecha 16 de noviembre de 2017 (BO Cantabria núm. 2298, de 29 noviembre 2017).
- Resolución CVE-2018-2636 por la que se aprueba la convocatoria 2018 del procedimiento de reconocimiento de grado I en el sistema de carrera profesional del personal interino al servicio de las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud (BO Cantabria núm. 56, de 20 marzo 2018).

Jurisprudencia aplicable al caso:

- STS-CONT núm. 97/2024, de 23 de enero (Recurso de casación núm. 8444/2021. ECLI:ES:TS:2024:417).
- STS-CONT núm. 510/2024, de 21 de marzo (Recurso de casación núm. 759/2022. ECLI:ES:TS:2024:1784).

VI. Doctrina básica

La STS-CONT núm. 663/2024, de 18 de abril, reitera la doctrina recogida en sentencias precedentes (SSTS-CONT núm. 97/2024 y 510/2024), al señalar que, a efectos del reconocimiento del grado de carrera profesional, resulta conforme con la Cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada (Anexo Directiva 1999/70/CE), que el tiempo de servicios exigido al personal estatutario interino se acote al prestado en el servicio de salud que realiza tal reconocimiento si esa limitación también se contempla para el personal estatutario fijo. Sin embargo, limitar los servicios a los prestados en el servicio de salud que realiza el reconocimiento del grado de carrera profesional será discriminatorio para el personal estatutario interino si para el personal fijo se computan los servicios prestados en cualquier servicio del Sistema Nacional de Salud.

El acceso del personal estatutario interino al sistema de carrera profesional del Servicio Cántabro de Salud ha de realizarse en igualdad de condiciones que el personal estatutario fijo. La Ley cántabra 9/2010 exige un periodo de cinco años de prestación de servicios para acceder al grado I de carrera profesional, que computa de distinto modo según que el personal estatutario sea interino o fijo. Concretamente, la disposición adicional undécima de la Ley cántabra establece que los servicios del personal estatutario interino computarán cuando se hayan prestado en una serie de condiciones no exigibles al personal estatutario fijo, que son las siguientes: 1) con vínculo de derecho administrativo, excluyendo los servicios prestados con vínculo laboral; 2) en las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, excluyendo los servicios prestados en otras instituciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud; y 3) en la misma plaza o en otra de contenido funcional equivalente.

El TS declara que la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010: 1) dispensa al personal estatutario interino una diferencia de trato no justificada respecto al personal estatutario fijo en materia de carrera profesional; y 2) incurre en discriminación contraria a la Cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70/CE. El TS no alberga dudas sobre la incompatibilidad de la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010 con el Derecho de la Unión Europea, de ahí su inaplicación sin necesidad de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE.

El TS concluye que, a efectos del reconocimiento del grado I de carrera profesional en el Servicio Cántabro de Salud, el periodo de cinco años de prestación de servicios exigido ha de computarse al personal estatutario interino de igual modo que al personal estatutario fijo. Por tanto, los servicios sanitarios valorables al personal estatutario interino han de ser los prestados no solo en el Servicio Cántabro de Salud, en el que se solicita el reconocimiento de la carrera profesional, sino también en cualesquiera otros servicios del Sistema Nacional de Salud.

VII. Parte dispositiva

En nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la CE, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS ha decidido:

- **Primero.** Desestimar el Recurso de casación núm. 1197/2022, interpuesto por la representación procesal de la Comunidad Autónoma de Cantabria contra la STJS de Cantabria-CONT núm., de 18 de octubre (Recurso de apelación núm. 143/2021. ECLI:ES:TSJCANT:2021:811).
- **Segundo.** Confirmar la STJS de Cantabria-CONT núm., de 18 de octubre (Recurso de apelación núm. 143/2021. ECLI:ES:TSJCANT:2021:811).
- **Tercero.** En materia de costas procesales y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.3 de la LJCA, en relación con el artículo 93.4 de la LJCA, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

VIII. Comentario

1. La carrera profesional como derecho del personal estatutario sanitario

La carrera profesional es un derecho individual del personal estatutario de los servicios que conforman el Sistema Nacional de Salud. En este sentido, el artículo 40.2 del EMPESSE señala que la carrera profesional es el derecho del personal estatutario a *progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional*. Por su parte, el artículo 37.1 de la LOPS dispone que la carrera profesional es el derecho que tiene el profesional sanitario a que se reconozca de manera pública, expresa e individualizada el desarrollo alcanzado en su trabajo.

La carrera profesional es un derecho del personal estatutario sanitario tanto fijo como interino. Inicialmente, el personal estatutario sanitario fijo era el único que tenía acceso al sistema de carrera profesional, no así el personal estatutario sanitario interino. Sin embargo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS dictaminó que la exclusión del personal estatutario interino del sistema de carrera profesional resultaba discriminatoria y contraria a la Cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada (Anexo Directiva 1999/70/CE)^[1]. Conviene subrayar que el efecto del fallo de las SSTs-CONT fue meramente anulatorio del precepto del decreto autonómico que excluía del sistema de carrera profesional al personal estatutario interino de larga duración (con cinco años de prestación de servicios). Así, siendo el fallo meramente anulatorio, la Sala no podía obligar a la Comunidad Autónoma a adoptar una norma que reconociera al personal estatutario interino el acceso al sistema de carrera profesional, ni tampoco poner remedio a los casos de lentitud de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de su potestad normativa para regular el acceso del personal estatutario interino al sistema de carrera profesional. Así, una vez que el TS dictaminó que el personal estatutario interino tiene derecho a acceder al sistema de carrera profesional, las Comunidades Autónomas han ido reformando progresivamente, con mayor o menor celeridad, el sistema de carrera profesional del correspondiente servicio autonómico de salud para permitir el acceso al personal estatutario interino. En el ámbito del Sistema Cántabro de Salud, al que va referido el caso ahora examinado, la Ley cántabra 9/2010 fue modificada en 2017 para: 1) derogar su artículo 64, que excluía al personal estatutario temporal del complemento de carrera profesional; y 2) incorporar la disposición adicional undécima, que permite

al personal estatutario interino acceder al sistema de carrera profesional con efectos de 1 de enero de 2018 y vigencia indefinida^[2]. No obstante, aunque la norma cántabra permite al personal estatutario interino del Servicio Cántabro de Salud acceder al sistema de carrera profesional, tal acceso no se ordena en condiciones de igualdad con el personal estatutario fijo, tal y como refleja la STS-CONT núm. 663/2024, ahora comentada.

El acceso al sistema de carrera profesional es voluntario, lo cual significa que el personal estatutario sanitario puede decidir si solicita o no el reconocimiento del desarrollo alcanzado en el ejercicio de la profesión. En definitiva, cabe afirmar que la carrera profesional se configura legalmente como un derecho renunciabile.

El artículo 38.1.a) de la LOPS señala que la carrera profesional del personal sanitario del Sistema Nacional de Salud se articula en cuatro grados, pudiendo establecerse un grado inicial, previo a los cuatro anteriores.

El reconocimiento de un determinado grado de carrera profesional lleva aparejada la correspondiente retribución. Así, el complemento de carrera profesional es una retribución complementaria destinada a retribuir el grado alcanzado por el personal estatutario fijo o interino en el sistema de carrera profesional [artículo 43.2.e) EMPES].

2. La aprobación del sistema de carrera profesional

El Gobierno de cada Comunidad Autónoma es el encargado de aprobar el sistema de carrera profesional para el personal estatutario que presta servicios en el correspondiente servicio autonómico de salud, previa negociación en el seno de la Mesa Sectorial de Sanidad (artículo 40.1 EMPES). Por tanto, el sistema de carrera profesional es fruto de la negociación colectiva; el sistema de carrera profesional es una de las materias que debe ser objeto de negociación en el seno de la Mesa Sectorial de Sanidad [artículo 80.2.h) EMPES].

En el ámbito del Servicio Cántabro de Salud, el sistema de carrera profesional del personal estatutario sanitario se articula actualmente en dos acuerdos:

- Acuerdo por el que se regula el Sistema de Carrera Profesional del personal sanitario de los subgrupos A1 y A2 de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, adoptado en el seno de la Mesa Sectorial de Personal de Instituciones Sanitarias con las organizaciones sindicales UGT, CSI-F, SATSE, CC.OO. y ATI con fecha 31 de octubre de 2017 y aprobado por el Consejo de Gobierno con fecha 16 de noviembre de 2017 (BO Cantabria núm. 229, de 29 noviembre 2017).
- Acuerdo por el que se regula el Sistema de Desarrollo Profesional del personal estatutario sanitario de formación profesional y del personal estatutario de gestión y servicios de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, adoptado en el seno de la Mesa Sectorial de Personal de Instituciones Sanitarias con las organizaciones sindicales UGT, CSI-F, SATSE, CC.OO y ATI con fecha 31 de octubre de 2017 y aprobado por el Consejo de Gobierno con fecha 16 de noviembre de 2017 (BO Cantabria núm. 229, de 29 noviembre 2017). Nótese que el sistema de carrera profesional recogido en este acuerdo se aplica no solo a personal estatutario sanitario de formación profesional (por ejemplo, Auxiliar de Enfermería o técnico de Imagen para el Diagnóstico y Medicina Nuclear), sino también a personal estatutario no sanitario de gestión y servicios.

En el caso ahora examinado, la parte demandante, que es Facultativo Especialista en el Área de Reumatología y con nombramiento de personal estatutario interino, participó en la convocatoria realizada en 2018 para el reconocimiento del grado I en el sistema de carrera profesional del personal interino al servicio de las instituciones

sanitarias del Servicio Cántabro de Salud. Por tanto, la demandante está incluida dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo que regula el Sistema de Carrera Profesional del personal sanitario de los subgrupos A1 y A2 de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, acordado el 16 de noviembre de 2016 en el seno de la Mesa Sectorial de Sanidad y posteriormente aprobado el 31 de octubre de 2017 por el Consejo de Gobierno de Cantabria.

3. Los elementos del sistema de carrera profesional

Al configurar el contenido del sistema de carrera profesional hay que diferenciar dos tipos de elementos evaluables: 1) los elementos comunes a todos los servicios de salud que integran el Sistema Nacional de salud, y 2) los elementos específicos de cada servicio autonómico de salud.

3.1 Los elementos comunes del sistema de carrera profesional

Los elementos comunes son los evaluados en el sistema de carrera profesional de todos servicios de salud que integran el Sistema Nacional de Salud, de ahí la posibilidad de homologación y de valoración, bien general o mediante convenios. El artículo 40.3 de la EMPESS dispone que la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud es la encargada de fijar *los principios y criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional de los diferentes servicios de salud, a fin de garantizar el reconocimiento mutuo de los grados de la carrera, sus efectos profesionales y la libre circulación de dichos profesionales en el conjunto del Sistema Nacional de Salud*. La Resolución de 29 de enero de 2007, de la Dirección General de Recursos Humanos y Servicios Económico-Presupuestarios, publica el acuerdo por el que se fijan los criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional del personal de los servicios de salud (BOE núm. 50, de 27 febrero 2007). En definitiva, el hecho de que haya unos elementos evaluables en el sistema de carrera profesional comunes a todo el Sistema Nacional de Salud permite que el grado de carrera profesional que el personal sanitario estatutario tenga reconocido en un servicio autonómico de salud pueda hacerlo valer en otro servicio distinto al que vaya a trabajar.

Los elementos comunes del sistema de carrera profesional se establecen en la normativa básica estatal:

- El artículo 40.2 del EMPESS señala que la carrera profesional reconoce el desarrollo alcanzado por el personal estatutario en cuanto a: 1) conocimientos, 2) experiencia y 3) cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios.
- El artículo 37.1 de la LOPS dispone que la carrera profesional reconoce el desarrollo alcanzado por el personal sanitario en cuanto a 1) conocimientos, 2) experiencia en las tareas asistenciales, docentes y de investigación, y 3) cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización en la que prestan sus servicios.
- El punto 3.1) de la referida Resolución de 29 de enero de 2007 establece que los elementos evaluables con carácter general al personal de los servicios de salud son *los conocimientos y competencias profesionales, la formación continuada acreditada, las actividades docentes y de investigación y los resultados de la actividad asistencial, la calidad de la misma y el cumplimiento de los indicadores que para su valoración se hayan establecido y la implicación en la gestión clínica, de conformidad con lo que se determine en cada servicio de salud*.

Tanto el EMPESS como la LOPS señalan que son tres los elementos comunes evaluables en el sistema de carrera profesional de cualquier servicio de salud del Sistema Nacional de Salud; a saber: 1) conocimientos, 3) experiencia y 3) cumplimiento de los objetivos de la organización. No obstante, la LOPS precisa más que la EMPESS el contenido del segundo elemento, relativo a la experiencia, y el

tercer elemento, referido al cumplimiento de los objetivos de la organización, lo cual encuentra su razón de ser probablemente en el hecho de que la LOPS se aplica en exclusiva a personal sanitario, mientras que el EMPESSE se aplica a todo el personal estatutario, tanto al sanitario (artículo 6 EMPESSE) como al de gestión y servicios (artículo 7 EMPESSE). Así, los tres elementos comunes del sistema de carrera profesional del personal estatutario sanitario quedan como sigue a continuación:

- Conocimientos.
- Experiencia en actividades:
 - Asistenciales.
 - Docentes.
 - Investigadoras.
- Cumplimiento de los objetivos de la organización en la que se prestan servicios:
 - Objetivos asistenciales.
 - Objetivos de investigación.

Por su parte, la Resolución de 29 de enero de 2007 es la que más precisa los elementos comunes del sistema de carrera profesional, porque junto a los tres mencionados (conocimientos, experiencia y cumplimiento de objetivos) incorpora la formación continua acreditada y la implicación en la gestión clínica (cargos de gestión en el Sistema Nacional de Salud).

3.2 Los elementos específicos del sistema de carrera profesional

En el reconocimiento del grado de carrera profesional, junto a los elementos comunes que son evaluados por todos los servicios de salud del Sistema Nacional de Salud, hay otros específicos que son definidos por cada Comunidad Autónoma para el personal estatutario del correspondiente servicio autonómico de salud, y que no cabe invocarlos (homologarlos) en otro servicio de salud.

4. Las condiciones de acceso al sistema de carrera profesional

En el caso ahora examinado, la cuestión no consiste en determinar si el personal estatutario interino tiene o no derecho a la carrera profesional, que lo tiene. La cuestión consiste en determinar si el acceso del personal estatutario interino a la carrera profesional debe ser o no en las mismas condiciones que el personal estatutario fijo. Para acceder al grado I del sistema de carrera profesional es necesario acreditar un periodo mínimo de prestación de servicios de cinco años [artículo 38.1.c) LOPS], que en el Servicio Cántabro de Salud se computa de distinto modo según que el personal estatutario sanitario sea fijo o interino.

La disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010 establece que los servicios sanitarios del personal estatutario interino computarán siempre que se hayan prestado en determinadas condiciones no exigibles al personal estatutario fijo, que son las siguientes: 1) con vínculo de derecho administrativo, excluyendo los servicios prestados con vínculo laboral; 2) en las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, excluyendo los servicios prestados en otras instituciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud; y 3) en la misma plaza o en otra de contenido funcional equivalente. Sin embargo, el artículo 57 de la Ley cántabra establece que los servicios sanitarios computables al personal estatutario fijo serán los prestados en cualesquiera instituciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud y con vínculo tanto administrativo como laboral. El TS concluye que esta diferencia de trato entre personal estatutario fijo e interino al computar el periodo de prestación de servicios para el acceso al sistema de carrera profesional carece de justificación objetiva y razonable.

La norma jurídica debe permitir el acceso del personal estatutario interino a la carrera profesional y que tal acceso se realice en condiciones de igualdad con el personal estatutario fijo, salvo que la diferencia de trato quede debidamente justificada por razones objetivas y suficientes, que no es el caso. La disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010 reconoce al personal estatutario interino el

derecho al sistema de carrera profesional, pero no en condiciones de igualdad. La Ley cántabra impone al personal estatutario interino condiciones que hacen más restrictivo el reconocimiento frente al personal estatutario fijo porque, a diferencia de este, solo se le valoran los servicios prestados en el mismo Servicio Cántabro de Salud y con vínculo administrativo, excluyendo del cómputo servicios que son reconocidos cuando se accede a la condición de fijo; a saber: 1) los servicios prestados con vínculo laboral y 2) los servicios prestados en otras instituciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud distintas del Servicio Cántabro de Salud.

Para que la norma jurídica que regula el acceso del personal sanitario estatutario al sistema de carrera profesional sea compatible con la Cláusula 4 del Acuerdo Marco europeo sobre trabajo de duración determinada (Anexo Directiva 1999/70/CE) es necesario que reúna dos elementos:

- **Primer elemento: permitir el acceso.** La norma jurídica ha de permitir el acceso al sistema de carrera profesional tanto al personal estatutario fijo como al interino.
- **Segundo elemento: permitir el acceso en condiciones de igualdad.** La norma jurídica ha de establecer que las condiciones de acceso al sistema de carrera profesional sean las mismas para el personal estatutario fijo e interino, y si incorpora alguna diferencia de trato entre un tipo de personal y otro, esta ha de quedar debidamente justificada en razones objetivas y suficientes.

IX. Apunte final. Sobre la relación entre la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC y la cuestión prejudicial ante el TJUE

A modo de apunte final merece la pena analizar, siquiera sea brevemente, cómo ha de proceder un órgano judicial cuando considera que la norma jurídica aplicable puede resultar contraria a la CE y, al mismo tiempo, alberga dudas sobre su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.

En el caso ahora examinado, la norma jurídica aplicable para resolver la controversia suscitada es la disposición adicional undécima de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de instituciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Esta disposición señala que lo dispuesto en los artículos 56 y 61.2.e) de la Ley en materia de carrera profesional del personal estatutario fijo *resultará de aplicación al personal interino de instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, siempre que haya prestado servicios con vínculo de derecho administrativo durante cinco años en las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud en la misma plaza u otra de contenido funcional equivalente*. El reconocimiento que la norma cántabra hace de la carrera profesional al personal estatutario interino no es en los mismos términos que al personal fijo, de ahí que los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 y núm. 3 de Santander han cuestionado tanto su constitucionalidad como su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea. El cuestionamiento de la norma se plantea porque el periodo de cinco años de prestación de servicios exigido al personal estatutario interino para acceder al sistema de carrera profesional ha de darse en determinadas condiciones no exigibles al personal estatutario fijo, que son las siguientes: 1) con vínculo de derecho administrativo, excluyendo el vínculo laboral; 2) en las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, excluyendo los servicios prestados en otras instituciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud; y 3) en la misma plaza o en otra de contenido funcional equivalente. En definitiva, el órgano judicial cuestiona la norma jurídica cántabra por la diferencia de trato que dispensa al personal estatutario interino respecto al personal estatutario fijo en materia de carrera profesional.

Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 y núm. 3 de Santander han tenido que resolver en varias ocasiones la cuestión jurídica relativa al cómputo del periodo de prestación de servicios del personal estatutario interino del Servicio Cántabro de Salud a efectos del reconocimiento del grado de carrera profesional. En su momento, los Juzgados se encontraron ante una difícil tesitura al considerar que la

Ley cántabra 9/2010, aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo, podía resultar contraria a la CE y, al mismo tiempo, albergaba dudas sobre su compatibilidad con la Cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, que figura como Anexo de la Directiva 1999/70/CE.

Llegados a este punto, ¿cómo ha de proceder el órgano judicial?, ¿cuándo planteará la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC para examinar la adecuación de la norma a la CE?, ¿y cuándo planteará la cuestión prejudicial ante el TJUE para resolver las dudas sobre la adecuación de la norma al Derecho de la Unión Europea? En definitiva, se trata de clarificar la relación entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial.

El artículo 163 de la CE dispone que el órgano judicial planteará **cuestión de inconstitucionalidad** ante el TC cuando considere que una norma con rango de ley, aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo, resulta contraria a la CE. El órgano judicial promoverá cuestión de inconstitucionalidad en los supuestos, en la forma y con los efectos que establece el artículo 35 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, que en ningún caso serán suspensivos. Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Santander han tenido que resolver en numerosas ocasiones la cuestión relativa al cómputo del periodo de prestación de servicios del personal estatutario sanitario interino del Servicio Cántabro de Salud a efectos del reconocimiento del grado I de carrera profesional. En las primeras demandas planteadas, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 y núm. 3 de Santander plantearon cuestión de inconstitucionalidad ante el TC en relación con la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010, por entender que concurre vicio de inconstitucionalidad en el inciso de la disposición que dice *con vinculo de derecho administrativo durante cinco años en las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud*. Ambos Juzgados plantearon cuestión de inconstitucionalidad por la posible contradicción de la referida norma con: 1) el derecho a la igualdad del artículo 14 de la CE, y 2) los apartados 1, 16, 17 y 18 del artículo 149.1 de la CE, por desconocimiento de la legislación básica estatal (artículos 9.5 y 40 y disposición final primera Ley 55/2003; artículos 40 y 41 y disposición final primera Ley 16/2003; y artículos 4.6 y 37 a 39 Ley 44/2003). El TC en Pleno ha dictado auto de inadmisión a trámite de cada una de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas al apreciar *incumplimiento del juicio de aplicabilidad* porque, al tiempo de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, el Juzgado también expresó sus dudas sobre la compatibilidad de la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010 con el Derecho de la Unión Europea: ATC (Pleno) núm. 116/2020 (cuestión de inconstitucionalidad núm. 2568/2020), núm. 173/2020 (cuestión de inconstitucionalidad núm. 4297/2020), núm. 5/2021 (cuestión de inconstitucionalidad núm. 4836/2020) y núm. 6/2021 (cuestión de inconstitucionalidad núm. 4837/2020).

El TC ha señalado cómo debe proceder un órgano judicial respecto a la relación entre la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC y la cuestión prejudicial ante el TJUE:

- **Primero.** Si el juez nacional no tiene dudas sobre la adecuación de la norma española al Derecho de la Unión Europea, aplicará la norma española. No obstante, si considera que dicha norma aplicable es contraria a la CE, entonces planteará cuestión de inconstitucionalidad ante el TC.
- **Segundo.** Si el juez nacional no tiene dudas sobre la inadecuación de la norma española al Derecho de la Unión Europea, no aplicará la norma española. El órgano judicial que duda de la constitucionalidad de una Ley no puede plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre la misma ante el TC si al propio tiempo considera que esa Ley es claramente incompatible con el Derecho de la Unión Europea, pues viene entonces obligado por este Derecho a no aplicarla. Nótese que la cuestión de inconstitucionalidad debe ir referida siempre a una norma legal “aplicable al caso”. Si la norma legal no es aplicable al caso por resultar contraria al Derecho de la Unión Europea, entonces no cabe interponer cuestión de inconstitucionalidad. En

cierto modo es una manifestación más del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

- **Tercero.** Si el juez nacional tiene dudas sobre la adecuación de la norma española al Derecho de la Unión Europea, planteará cuestión prejudicial ante el TJUE:
 - Si el TJUE resuelve que la norma española es conforme al Derecho de la Unión Europea, el juez nacional planteará cuestión de inconstitucionalidad ante el TC. Así, la prioridad temporal en el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE no impide el posterior planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC una vez que el TJCE concluye que la norma nacional es compatible con el Derecho de la Unión Europea y, por tanto, “aplicable al caso”.
 - Si el TJUE resuelve que la norma española no es conforme al Derecho de la Unión Europea, el juez nacional procederá en los términos expresados por el TJUE.

Actualmente, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Santander, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cantabria y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS han expresado que no dudan sobre la inadecuación de la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010 a lo dispuesto en la Cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70/CE. En conclusión:

- **Primera conclusión:** no procede que los órganos judiciales apliquen la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010 porque resulta contraria a la Cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada (Anexo Directiva 1999/70/CE). Los órganos judiciales de lo contencioso-administrativo no albergan dudas de que la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010 es contraria al Derecho de la Unión Europea por discriminatoria, al reconocer al personal estatutario interino el acceso a la carrera profesional en condiciones diferentes y más exigentes que al personal estatutario fijo, sin que tal diferencia de trato quede debidamente justificada.
- **Segunda conclusión:** no procede que los órganos judiciales planteen cuestión prejudicial ante el TJUE porque no albergan duda alguna (tienen muy claro), desde la perspectiva objetiva, de que la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010 es incompatible con el Derecho de la Unión Europea (Cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, anexo a la Directiva 1999/70/CE).
- **Tercera conclusión:** no procede que los órganos judiciales promuevan cuestión de inconstitucionalidad ante el TC en relación con la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010 porque no concurre uno de los presupuestos, que es que la norma resulte “aplicable al caso”, y sucede que no lo es por incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.

Referencias:

1. ^ Por todas, vid., STS, Sala Contencioso Administrativo, de 13 de junio de 2014 (Recurso de casación núm. 1846/2013. ECLI:ES:TS:2014:2887); y SSTs-CONT núm. 1796/2018, de 18 de diciembre (Recurso de casación

núm. 3723/2017. ECLI:ES:TS:2018:4290); núm. 227/2019, de 19 de febrero (Recurso de casación núm. 1805/2017. ECLI:ES:TS:2019:584); núm. 294/2019, de 6 de marzo (Recurso de casación núm. 5297/2017. ECLI:ES:TS:2019:744).

2. ^ El artículo 15 de la Ley 9/2017, de 26 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOE núm. 21, de 24 enero 2018), incorporó en la Ley cántabra 9/2010 la disposición adicional undécima con el fin de posibilitar al personal estatutario interino del Servicio Cántabro de Salud el acceso al sistema de carrera profesional. Además, la disposición derogatoria.3 de la Ley 9/2017 derogó el artículo 64 de la Ley 9/2010, que impedía al personal estatutario temporal acceder al complemento retributivo de carrera profesional.

§ 43 Jurisdicción competente respecto de estadios previos a la contratación de empleados públicos en el caso de cambio en la composición del Tribunal calificador.

Antonio V. Sempere Navarro

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

Resumen: Cuando el contrato de trabajo se prepara a través de procedimientos dirigidos a facilitar el ingreso en el sector público surge la duda respecto de los tribunales competentes para conocer los problemas que puedan suscitarse. La jurisdicción social ha venido reclamando su propia competencia y finalmente así lo entendió la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo. Posteriormente el legislador optó por remitir estos asuntos al orden contencioso, pero lo hizo a través de una Ley de Presupuestos Generales y el Tribunal Constitucional acabó declarando su oposición a la Ley Fundamental. La STS 815/2024 examina la competencia de litigio suscitado durante el periodo en que estaba vigente la atribución al orden contencioso, finalmente declarada inconstitucional.

Palabras clave: Jurisdicción competente. Empleo público. Seguridad jurídica. Paridad. Actos preparatorios.

Abstract: When the employment contract is prepared through procedures aimed at facilitating entry into the public sector, doubts arise as to which courts are competent to hear the problems that may arise. The social jurisdiction has been claiming its own competence and finally this is how the Conflicts Chamber of the Supreme Court understood it. Subsequently, the legislator chose to refer these matters to the contentious order, but it did so through a General Budget Law and the Constitutional Court ended up declaring its opposition to the Fundamental Law. STS 815/2024 examines the jurisdiction of litigation arising during the period in which the attribution to the contentious order was in force, finally declared unconstitutional.

Keywords: Competent jurisdiction. Public employment. Legal certainty. Parity. Preparatory acts.

I. Introducción: dualidad de problemas y de jurisdicciones

Son dos, en efecto, los temas suscitados por esta resolución. El originario va referido a las consecuencias de que el Concurso público convocado para acceder a determinadas plazas en el Consorcio Hospital General Universitario de Valencia diera lugar a un cambio en la composición del tribunal encargado de enjuiciarlo. El segundo, al que dedicaremos la atención principal, es el referido a la competencia jurisdiccional, habida cuenta de los avatares que su atribución ha venido sufriendo.

Que, según el momento de que hablemos, una misma cuestión pueda estar sometida al conocimiento de la jurisdicción contenciosa o social; o que las mismas normas (constitucionales ordinarias) presidan la selección de personal justifica asimismo que, una vez más, desde estas páginas hagamos una reflexión acerca de lo convencional que resulta el trazado de fronteras o la tradicional resistencia a identificar como jurisprudencia la doctrina sentada por un orden jurisdiccional distinto del que conoce el asunto.

1. Unidad del ordenamiento

Uno de los dogmas tradicionales que los estudios de Derecho transmiten a quien los sigue es el de la unidad del ordenamiento jurídico. Sin necesidad de mayores precisiones ahora, significa ello que las normas no operan de forma aislada (autista, podría decirse) sino en conexión (jerárquica, temporal, funcional, sistemática) con el resto de ellas.

En ese sentido tanto la existencia de distintos órdenes jurisdiccionales, como de las propias asignaturas de los planes de estudios, o la organización académica en “Departamentos” y “Áreas de conocimiento” viene a jugar una mala pasada, si se permite la expresión coloquial. No otra que el propiciar la imagen de que las diversas ramas o sectores del ordenamiento jurídico, así como los distintos órdenes de la jurisdicción son estancos, impermeables a las interacciones del resto. Parece innecesario dedicar atención a demostrar que se trata de una conclusión por completo alejada de la realidad.

Los órdenes jurisdiccionales son reacios a operar con una concepción reamente unitaria del ordenamiento. Sea frente a las normas de otros sectores, sea frente a las resoluciones, la actitud del Tribunal Supremo.

2. Acceso al empleo público

La selección de los empleados públicos ha de hacerse en virtud de criterios objetivos, pues todos los ciudadanos son iguales ante la ley y su aplicación, de manera que la Administración no puede expresar preferencias discriminatorias o fundadas en razones subjetivas de unos sobre otros. Dichos criterios objetivos deben basarse en el mérito y la capacidad, puesto que la Administración está obligada a gestionar los intereses públicos con eficacia. El fundamento constitucional de tales presupuestos, desarrollados en el art. 55.2 EBEP para funcionarios y laborales, se encuentra en dos preceptos clave: por una parte, el art. 23.2 CE, que reconoce el derecho de los ciudadanos a “acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes”; su concordancia con el artículo 14 CE ha sido puesta de manifiesto en muchas ocasiones y privado de interés al debate sobre las consecuencias de que el artículo 23.e no amparase al acceso al empleo laboral en el sector público. Por otra, el art. 103.3 CE, que se refiere a los criterios de mérito y capacidad para el acceso a la función pública.

Aunque deben aplicarse *procedimientos especialmente ágiles*, la selección de personal laboral temporal deberá respetar también los “*principios rectores*” del art. 55 del EBEP, de manera que su reclutamiento sin procedimiento previo de selección, publicitado y transparente, y sin un órgano de selección adecuado, imparcial y profesional no será conforme a Derecho.

3. Reiteración de duda

La cuestión abordada trae a la memoria una duda ya formulada en la *RJL* nº 8 de 2023. ¿Convendría tener una mente más abierta en estos temas? Cabe pensar en el concepto de “jurisprudencia”, en el acudimiento a normas infringidas o en el tipo de sentencia invocable a efectos de contradicción, pero son meros botones de muestra de esa idea.

Recordemos que la separación en órdenes jurisdiccionales ni es inmutable, ni tiene fronteras claras; que los mismos problemas a veces son conocidos en diversas

jurisdicciones (por ejemplo, responsabilidad por asistencia sanitaria, por accidente laboral, por vulneración de derechos fundamentales); que las cuestiones ajenas a la propia competencia muchas veces son afrontadas de manera prejudicial; que los Tribunales “mayores” (Constitucional, Luxemburgo, Estrasburgo) no están organizados por materias; etc. No es ahora el momento de profundizar en esa idea, sino de someterla a crítica.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 815/202, de 22 abril^[1].

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 1240/2022.

ECLI:ES:TS:2024:2445.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Datos básicos del litigio

La oferta de empleo público para el año 2017 del Consorcio del Hospital General Universitario de Valencia incluía tres plazas de nivel A-1 y dos plazas de nivel A-2, todas ellas en régimen laboral (convocatorias CO 32/2017 y CO 33/2017).

Mediante resoluciones de 27 de noviembre de 2018 y 16 de enero de 2019, luego confirmadas en reposición mediante resolución de 14 de febrero de 2019, se modificó la composición de la comisión de selección originariamente designada para resolver el proceso selectivo.

Disconformes con ello, dos aspirantes a las plazas convocadas interpusieron recurso contencioso-administrativo.

2. Sentencia del Juzgado de lo Contencioso

La referida reclamación fue estimada por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 10 de Valencia, de 25 de junio de 2020. Considera que las resoluciones administrativas que modificaron la composición de la comisión de selección carecían de motivación y alteraban las bases de la convocatoria.

Tras anular las resoluciones administrativas recurridas, ordenó la retroacción de las actuaciones a la vía administrativa a fin de que se nombrase una nueva comisión de selección y se repitieran los ejercicios del proceso selectivo.

3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

La sentencia de instancia fue plenamente confirmada en apelación, con fecha 21 de octubre de 2021, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Comunidad Valenciana. Ello comportaba la retroacción del proceso selectivo al momento del nombramiento de un nuevo tribunal calificador que deberá estar integrado por miembros en los que no concurra causa de exclusión y con arreglo a las bases que rigen el concurso.

IV. Posición de las partes

1. Concursantes aprobados

Dos grupos de concursantes (aprobados) sostiene la siguiente y articulada pretensión:

1ª) Que se declare la carencia de competencia objetiva de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer del asunto objeto del proceso, por corresponder su conocimiento al orden jurisdiccional social.

2ª) Subsidiariamente, que se declare la validez de las resoluciones del Consorcio Hospital General Universitario de Valencia impugnadas.

3ª) Subsidiariamente, que se preserve su derecho, como terceros absolutamente ajenos a las irregularidades que pudieran ser causa de la anulación de las resoluciones impugnadas, en atención a criterios de equidad y buena fe.

Se basan en que la atribución del litigio al orden contencioso se basa en el artículo 3.1.f) LRJS (incorporado por la Ley 22/2021), pero ese precepto fue declarado nulo por la posterior STC 145/2022. Razonan, además, que el asunto corresponde al orden social, señalando que el proceso se inició con anterioridad a la aprobación de la Ley 22/2021 y, por ello, antes de que hubiera una norma que atribuyese al orden contencioso-administrativo su conocimiento.

2. Concursantes recurridas

Las dos concursantes que promovieron el recurso contencioso, en buena lógica, se oponen a los recursos de las concursantes suspensas y del Hospital. Consideran que han suscitado una cuestión realmente ajena al motivo por el que se alteró la composición del Tribunal. De forma subsidiaria sostienen 1º) Que la motivación exigible a los actos administrativos como los impugnados es el cumplimiento de la paridad y debe indicarse porqué los cambios operados obedecen y son adecuados para ello. 2º) Que la falta de motivación, o la arbitrariedad de la Administración a la hora de decidir alterar la composición inicial de un órgano de selección de personal, debe conllevar la nulidad de todas las actuaciones, no estando ante una mera causa de anulabilidad.

Respecto del tema competencial advierten que se trata de una cuestión nueva que las partes codemandadas nunca suscitaron -habiendo podido hacerlo- y que traerla ahora a colación resulta contrario a la buena fe.

3. La Administración convocante

El Consorcio que convocó las plazas formaliza su recurso de casación y pide que se declare la conformidad a Derecho de las resoluciones del Consorcio Hospital General Universitario de Valencia impugnadas. Subsidiariamente, que se declare en todo caso la anulabilidad del acto, permitiéndole corregir el posible vicio advertido, sin que se anule el procedimiento realizado, ni las pruebas realizadas y baremadas declarándose así expresamente la preservación de la situación del resto de personas trabajadoras que tomaron posesión y superaron la convocatoria.

Respecto del tema competencial, defiende que la materia es propia del orden contencioso-administrativo, citando diversos autos de la Sala de Conflictos de este Tribunal Supremo.

4. El Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal sostiene que la mencionada STC 145/2022 priva de base normativa al orden contencioso-administrativo para conocer de los actos administrativos preparatorios de contratos laborales con la Administración Pública, por lo que propone que esta Sala declare la falta de jurisdicción y remita el asunto al orden social.

5. Balance

Los escritos de interposición de los tres recursos de casación, con diferencias de matiz, sostienen que la sentencia impugnada yerra al apreciar falta de motivación en las resoluciones administrativas recurridas y que, en todo caso, ello no sería determinante de su nulidad. La modificación de la composición de la comisión de selección venía ineludiblemente impuesta por la exigencia legal de paridad. El Consorcio tenía competencia para realizarla. En todo caso, deben respetarse los derechos de quienes participaron de buena fe en el proceso selectivo.

La parte recurrida (demandante) sostiene que hubo falta de motivación y que la verdadera razón no es la paridad sino efectuar un cambio en las especialidades de los integrantes de aquella. La nulidad de la modificación de la composición de la comisión de selección determina la nulidad de todo el proceso selectivo, pues lo contrario causaría indefensión.

V. Normativa aplicable al caso

Como queda expuesto, hay que despejar tres cuestiones. La primera, atinente a la competencia del orden contencioso para conocer del litigio. Las otras dos consisten en determinar si debe motivarse la modificación de la comisión de selección, con especial referencia a la exigencia de paridad entre hombres y mujeres, y si la declaración de nulidad de la mencionada modificación de la comisión de selección arrastra consigo todo lo actuado en el correspondiente proceso selectivo. Repasemos las normas aplicables.

1. Normas procesales

- **Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).** El artículo 9.5 LOPJ prescribe que *Los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral.*
- **Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).** La Disposición Final 20ª de la Ley 22/2021, de Presupuestos Generales del Estado para 2022, añadió al artículo 3º de la LRJS el apartado f), de modo que no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social los actos administrativos dictados en las fases preparatorias, previas a la contratación de personal laboral para el ingreso por acceso libre, que deberán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo.
- **STC núm. 145/2022, de 15 de noviembre.** Mediante su sentencia 145/2022, de 15 de noviembre, el Pleno del Tribunal Constitucional concluyó que la atribución al orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los «actos administrativos dictados en las fases preparatorias, previas a la contratación de personal laboral para el ingreso por acceso libre» no tiene relación directa con el contenido propio de las leyes presupuestarias, ni es complemento indispensable de las mismas. Debe concluirse, pues, que la disposición final vigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2022, objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad desborda la función constitucionalmente reservada a este tipo de leyes y vulnera el art. 134.2 CE. Por tanto declaró su inconstitucionalidad y nulidad.

2. Normas sobre empleo público

El artículo 60.1 EBEP dispone que los órganos de selección serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre.

3. Normas sobre igualdad de género

El artículo 51 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI) regula los “Criterios de actuación de las Administraciones públicas” y prescribe que, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de selección^[2] y valoración.

4. Normas sobre procedimiento administrativo

El artículo 35.1.i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas exige que sean motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

Su artículo 47.1 prescribe que son nulos de pleno derecho los actos (de las Administraciones Públicas) dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Sin embargo, el artículo 48.2 determina que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

Por su lado, el artículo 52.1 dispone que la Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan.

VI. Doctrina básica

La STS-CONT 815/2024 de 22 abril se inclina por la competencia del orden contencioso y se basa en que en el momento en que se dictaron las sentencias de instancia y de apelación los tribunales contencioso-administrativos tenían jurisdicción para conocer de la materia.

1. Punto de conexión cronológico

El proceso se inició y se resolvió -tanto en instancia como en apelación- con anterioridad a la STC 145/2022 e incluso, como aquí ocurre, con anterioridad a que se introdujese el nuevo art. 3.1.f) LRJS.

El dato relevante en el presente caso, a fin de determinar la jurisdicción, es que cuando el recurso contencioso-administrativo fue interpuesto y cuando fueron dictadas las sentencias de instancia y de apelación estaba vigente la versión originaria del referido art. 3 LRJS. Y este precepto nada decía expresamente sobre qué orden jurisdiccional debía conocer de los actos administrativos preparatorios de contratos laborales con la Administración Pública.

2. Sentido del art. 3.f) LRJS

La posterior aprobación del nuevo apartado f) del art. 3.1 LRJS puede ser vista como un intento legislativo de aclarar un extremo carente de regulación específica.

3. La doctrina de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo

El actual criterio de la Sala de Conflictos de este Tribunal Supremo, al conocer de los conflictos de competencia entre los órdenes contencioso-administrativo y social a propósito de los litigios sobre los actos administrativos preparatorios de contratos laborales con la Administración Pública, es que con posterioridad a la citada STC 145/2022 se trata de materia que corresponde al orden social^[3].

La alegación de falta de jurisdicción carece de fundamento en el presente caso. Esto no significa en absoluto que se ponga en tela de juicio el arriba expuesto criterio

de la Sala de Conflictos, cuyo ámbito temporal abarca sin duda los procesos iniciados con posterioridad a la declaración de inconstitucionalidad del art. 3.1.f) LRJS.

4. Argumentos adicionales

La declaración de nulidad del art. 3.1.f) LRJS no fue su incompatibilidad sustancial con la Constitución, sino que fue de índole formal: la inidoneidad de las leyes de Presupuestos para regular dicha materia.

En el presente caso, elementales consideraciones de efectividad de la tutela judicial impiden que -bastantes años después de iniciado el proceso, sin que nadie hubiera suscitado antes dudas sobre la jurisdicción- se acuerde la nulidad de todo lo actuado para comenzar de nuevo en el orden social.

VII. Parte dispositiva

Como consecuencia de los razonamientos desenvueltos, favorables a la competencia del orden contencioso, la sentencia en adentra en los problemas inicialmente suscitados y emite un matizado fallo, puesto que estiam en parte los tres recursos de casación formalizados.

- Anula las resoluciones cuestionadas del Consorcio del Hospital General Universitario de Valencia.
- Ordena la retroacción de las actuaciones a la vía administrativa a fin de que se nombre una nueva comisión de selección con arreglo a las bases de la convocatoria.
- Dispone que se repitan los ejercicios del proceso selectivo que ha sido objeto de este proceso.
- Proclama la conservación de la situación actual de quienes participaron de buena fe en las actuaciones anuladas y obtuvieron plaza.

VIII. Pasajes decisivos

El tramo final del Fundamento de Derecho Tercero contiene la conclusión que interesa resaltar:

el punto clave es si en el momento en que se dictaron las sentencias de instancia y de apelación los tribunales contencioso-administrativos tenían jurisdicción para conocer de la materia. La respuesta ha de ser afirmativa, no solo porque ninguna norma legal lo excluía, sino sobre todo porque el objeto de impugnación son auténticos actos administrativos. Es más: se trata de resoluciones administrativas de las que es perfectamente predicable la conocida doctrina de los "actos separables", es decir, actos administrativos previos y necesarios para la constitución, modificación o extinción de una relación jurídico-privada; y es tradicionalmente pacífico que el conocimiento de los litigios sobre tales actos administrativos corresponde, en principio, al orden contencioso-administrativo. Dicho de otro modo, solo pueden ser sustraídos de la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud de una norma legal que así lo disponga inequívocamente.

IX. Comentario

Recordemos que, además de la cuestión competencial, son dos los temas suscitados: 1) Al alcance del deber de motivación de los actos administrativos por los que se procede a alterar la composición inicial de un órgano de selección de personal empleado público a fin de acomodar la nueva composición al principio de equilibrio entre hombres y mujeres. 2) Si la falta de motivación de ese acto administrativo conlleva la nulidad de todas las actuaciones del proceso selectivo. Respecto de los tres interesa realizar alguna exposición complementaria

1. Relevancia del cambio en la composición del Tribunal

Modificar la composición de la comisión de selección en un proceso selectivo para el empleo público es una decisión particularmente delicada. Por ello debe siempre

fundarse en una causa relevante y, por supuesto, realmente existente; y todo ello debe, además, ser explicado de manera clara y convincente por la Administración.

La exigencia de paridad entre hombres y mujeres es aplicable a las comisiones de selección para el empleo público. Pero ha quedado acreditado que la verdadera razón del cambio habido fue otra.

Así las cosas, la falta de suficiente motivación es innegable, de manera que los motivos esgrimidos en este sentido por los escritos de interposición de los tres recursos de casación no pueden ser acogidos.

2. Consecuencias de la nulidad del cambio de composición del tribunal

La declaración de nulidad de un proceso selectivo para el empleo público no debe afectar negativamente a quienes participaron en el mismo de buena fe y tuvieron éxito^[4]. Pues bien, la sentencia de apelación ahora impugnada, al igual que antes la sentencia de instancia, infringe este criterio jurisprudencial al acordar la nulidad de todo lo actuado y resuelto en el proceso selectivo.

3. Referencia a la llamada paridad

En numerosos ámbitos se identifica como uno de los logros de la LOI la necesidad de que mujeres y hombres posean la misma presencia en diversos ámbitos u órganos, comenzando por la esfera política^[5]. Se trata de una simplificación, que ayuda a identificar (mediante una sola palabra) el concepto a que se desea aludir. Esa es la razón por la que la rúbrica acogida para presidir estas páginas se ha decantado por la denominación referida. En rigor, la "paridad" alude a la igualdad total, mientras que la presencia equilibrada lo hace a una exigencia menos rigurosa.

Sin embargo, conviene recordar que el legislador orgánico de la Ley 3/2007 prescinde del término *paridad* puesto que transmite una idea de identidad que no ha querido acoger. Sí aparece esa expresión, sin embargo, en otros cuerpos normativos de tipo sociolaboral o general, más ambiciosos en sus metas. La mayoría de las veces lo hace para subir una escala más en la progresión hacia la igualdad, pues acaba apostando por la equiparación total del número de mujeres y hombres y abandonando la expuesta y matizada fórmula del 40/60.

4. Replanteamiento de la competencia jurisdiccional

A) Un punto de partida laboralista

Se echa de menos en la sentencia comentada el recordatorio de que, como regla general, el conocimiento de los conflictos relativos a los contratos de trabajo corresponde a los órganos del orden social y solo como excepción a otros (civil, contencioso).

La competencia para conocer sobre reclamaciones asociadas al contrato de trabajo es de la jurisdicción social, de conformidad con la LOPJ y la LRJS salvo que esté expresamente atribuido su conocimiento a otro orden^[6].

En este sentido resulta muy reveladora la Exposición de Motivos de la LRJS (Ley 36/2011, de 10 octubre): cuando explica que mediante sus previsiones "*Se modifica en consecuencia el ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social, que se amplía, racionaliza y clarifica respecto a la normativa anterior, lo que constituye la principal novedad. La presente Ley reguladora de la jurisdicción social concentra en el orden social, por su mayor especialización, el conocimiento de todas aquellas materias que, de forma directa o por esencial conexión, puedan calificarse como sociales. La mayor nitidez del contorno competencial de la jurisdicción requería de una expansión para unificar el conocimiento de los conflictos y pretensiones que se produzcan en el ámbito laboral, sindical o en el de la Seguridad Social. El objetivo último es conseguir la efectividad, coordinación y seguridad de la respuesta judicial, generándose así un marco adecuado al ejercicio efectivo de los derechos y libertades por parte de la*

ciudadanía. Un marco que se articula a partir de la comprensión del trabajo no exclusivamente como medio en los sistemas productivos sino como un fin en sí mismo del que se derivan derechos necesitados de una especial tutela jurídica".

B) Doctrina de los actos separables

Con arreglo a la doctrina de los actos separables, que invoca la sentencia comentada, tradicionalmente se ha diferenciado entre las reclamaciones surgidas al hilo del proceso de selección (competencia del orden contencioso) y las cuestiones derivadas de la dinámica del contrato de trabajo celebrado (competencia del orden social). En consecuencia, se ha venido atribuyendo al orden contencioso-administrativo el conocimiento de las pretensiones a que se contrae este conflicto.

Así, el clarificador *ATS, Sala de Conflictos, núm. 112/2007, de 30 noviembre* (Cc 27/07) explica que el criterio para la atribución competencial a favor de uno u otro orden jurisdiccional se basa en la distinción entre convocatorias por las que se accede al vínculo laboral con la Administración desde el exterior -en cuyo caso, el enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa- y aquellas otras de carácter restringido, a las que solo tienen acceso quienes ya tuviesen un vínculo laboral con la Administración -en cuyo caso la competencia corresponde al orden social^[7]-.

Sin embargo, la Sala Cuarta consideró que esa solución debía excepcionarse en el caso de la provisión de plazas de entidades de Derecho Público. En tal sentido pueden verse las SSTs-SOC 17 julio 1996 (rcud 3287/1995; Euskal Telebista-Televisión Vasca S.A.), 29 septiembre 2006 (1778/2005; Turismo Andaluz S.A.) y 11 julio 2012 (rcud 3128/2011; Ferrocarrils de la Generalitat), entre otras. En todos estos casos se entendía que aunque los demandantes no son trabajadores de la empresa, al aplicarse a ésta el régimen de Derecho Laboral común, los actos próximos, preparatorios de la relación de trabajo caen en la órbita competencial social.

C) Giro doctrinal de la Sala Cuarta

Los efectos de la reordenación competencial acogida por la LRJS se han hecho sentir en problemas como el ahora abordado. Si anteriormente la Sala Cuarta solo admitía la competencia del orden social cuando se trataba de la reclamación de quienes participaban en procesos de selección convocados por empresas públicas, ahora también lo proclama así respecto de casos en que es la propia Administración quien convoca las plazas de régimen laboral. La STS 438/2019, de 11 junio (rec. 132/2018), dictada por el Pleno de la Sala Cuarta rectifica la tradicional doctrina por las siguientes consideraciones:

* La voluntad del legislador de 2011 de atraer al orden social, por su mayor especialidad, el conocimiento de todas aquellas materias que, de forma directa o por esencial conexión, puedan calificarse como sociales, incluso cuando esté implicada la administración pública, cristaliza en el *art. 1 LRJS* y, especialmente, en lo que aquí atañe, en el transcrito *art. 2.n) LRJS*, con modificación de los *arts. 1 a 3 LPL*, en los que se había sustentado la doctrina tradicional de atribuir el conocimiento de estas controversias al orden contencioso-administrativo.

* Este cambio normativo exige transferir al orden social el conocimiento del objeto del proceso concretamente examinado -en el caso, la interpretación e impugnación de las bases de una convocatoria de un proceso selectivo llevado a cabo por la Administración empleadora para personal laboral-.

* La actuación de la Administración pública como futuro empleador de personal laboral ha de ajustarse a los criterios contemplados en el EBEP para el acceso al empleo público -con sometimiento, así, a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad-, puesto que se está ante la actuación de una administración pública en el ejercicio de sus potestades y funciones administrativas.

* Pero si dicha actividad administrativa versa sobre materia laboral -como consecuencia de la vertiente empleadora en la que, a través de sus actos, se muestra la administración-, el conocimiento de todas las fases de la contratación del personal laboral ha de bascular en favor del orden social, comprendiendo también la fase preparatoria, que viene a conformar y condicionar el propio vínculo de trabajo entre las partes, y que ha de estar sujeta a la especial tutela que el legislador encomienda sobre la relación de trabajo a la jurisdicción social.

D) Recepción del criterio social por la Sala de Conflictos

Al amparo de la normativa anterior a la LRJS podía pensarse en cierta discordancia doctrinal entre la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (aceptando la competencia del orden social para las discusiones sobre procedimientos de selección de personal en empresas del sector público) y esta Sala o la Tercera (considerando que todo debate sobre acceso al empleo laboral en el sector público corresponde a lo contencioso). Sin embargo, tras la entrada en vigor de la LRJS debiera desaparecer cualquier discordancia porque sus claros mandatos, en concordancia con los de la LRJCA, abocan a que los litigios como el presente deban ventilarse ante los Juzgados y Tribunales del Orden Social.

Aquí no se exige responsabilidad de la Administración en los términos del *artículo 2.º LRJS*; ni siquiera está impugnándose un acto de la Administración sujeto a Derecho Administrativo en materia de Seguridad Social encuadrable en el *artículo 2.º LRJS*; ni siquiera el acto cuestionado es uno dictado por la Administración en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral que pueda subsumirse en el *artículo 2.º LRJS*. Aunque cualesquiera de esos títulos son hábiles para atribuir el conocimiento del asunto al Juzgado de lo Social de Móstoles, como vamos a acordar, la materia sobre la que se debate es la referida a actos preparatorios o proceso selectivo de personal y encuentra acomodo natural entre los litigios que discurren entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo (art. 2.º LRJS). Dados los términos en que está formulada la LRJS es del todo indiferente que la naturaleza del empresario sea la de una Administración (supuesto de la STS-SOC 438/2019) o la de una entidad del sector público.

En consecuencia, procede atribuir la competencia para conocer de esta controversia a los tribunales del orden social^[8]. Esta doctrina se ha reiterado en numerosos casos por la propia Sala de Conflictos^[9]. En todos ellos se atribuye a los órganos del orden social la competencia para conocer de una pluralidad de procesos en los que se impugnaba una resolución administrativa por la que se resolvía un concurso de traslado y se acordaba la extinción de la relación laboral del personal que ocupaba las plazas; y de otros asuntos en los que se impugnaba la resolución administrativa en la que se acordaba la adjudicación de plazas incluidas en una oferta de empleo público de personal laboral, tras la resolución de previos concursos de traslado, y se acordaba la extinción de las relaciones laborales del personal que ocupaba aquellas plazas.

X. Apunte final

La STS-CONT 815/2024 se mueve en un doble plano. Por un lado, para afirmar la competencia del orden contencioso atendiendo a las normas vigentes al momento de iniciarse el procedimiento. Manifiesta seguir en ello el criterio de la Sala de Conflictos del propio Supremo y la doctrina de los actos separables; pero lo cierto es que dicha Sala no mantenía ese criterio desde que decidió seguir el giro marcado por la Sala Cuarta^[10].

Por otra parte, considera que, con independencia de cual fuere su motivo, el cambio en la composición del Tribunal encargado de enjuiciar las pruebas selectivas constituye cuestión relevante, precisada de motivación expresa y completa. La omisión de este aspecto comporta la nulidad de todas actuaciones, pero salvando los derechos de quienes han concurrido y superado las pruebas. Se trata de una solución ecléctica y prudente, muchas veces implementada y pacificadora.

Referencias:

1. ^ Corre paralelo el comentario a la STS 677/2024 de 22 abril, dictada por la misma Sección Cuarta de la Sala tercera del Tribunal Supremo (rec. 752/2023), siendo Ponente D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.
2. ^ Los criterios de actuación del art. 51 LOI se deben predicar en el ámbito de las relaciones de empleo de las Administraciones Públicas con sus empleados, tanto si son funcionarios como si son laborales; así se puede deducir de la constante utilización a lo largo del contenido del título V LOI de los términos “empleados públicos” o “empleada pública”, con la única excepción prevista en el art. 58 LOI, relativa a la licencia por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural de la funcionaria.
3. ^ Por ejemplo, Auto 2/2024 de 21 de febrero, proc. 12/2023.
4. ^ Véanse en este sentido, entre otras muchas, SSTS de 14 de febrero de 2023 (rec. nº 3686/2021) y 4 de octubre de 2023 (rec. nº 5352/2021).
5. ^ De ello da cuenta la Exposición de Motivos de la Ley: “De la preocupación por el alcance de la igualdad efectiva en nuestra sociedad no podía quedar fuera el ámbito de la participación política, tanto en su nivel estatal como en los niveles autonómico y local, así como en su proyección de política internacional de cooperación para el desarrollo”.
6. ^ En este mismo sentido se ha pronunciado esta sala en reiteradas ocasiones. En concreto, conforme a la redacción dada a las normas aplicables tras la Ley 38/2011, en sus autos 17/2014, de 24 de septiembre (Cc 15/2014), 28/2014, de 5 de diciembre (Cc 7/2014) y 30/2014, de 5 de diciembre (Cc 22/2014).
7. ^ Esta lo ha proclamado así multitud de veces, como sucede en los AATS núm. 13/2001, de 14-6 (Cc 6/01), núm. 22/2001, de 20-12 (Cc 11/01), núm. 63/2004, de 22-10 (Cc 24/04), núm. 69/2004, de 22-10 (Cc 34/04), núm. 302/2006, de 18-10 (Cc 329/06), núm. 348/2006, de 21-12 (Cc 318/06), núm. 1/2008, de 12-2 (Cc 35/07), núm. 11/2011, de 12-4 (Cc 2/11), núm. 13/2012, de 27-4 (Cc 2/12), núm. 13/2013, de 17-6 (Cc 5/13) o núm. 19/2016, de 20-10 (Cc 8/16). En ellos puede verse que se está concordando la solución con el criterio sostenido por la Sala Tercera, Secc. 7.^a (SSTS de 31 octubre 2000, rec. 3765/1996 ; o 22 julio 2003, rec. 61/2002).
8. ^ En tales términos Auto de la Sala de Conflictos 3/2020 de 12 febrero (proc. 13/2019), resolviendo Conflicto negativo de competencia suscitado entre el Juzgado de lo Social núm. 2 de Móstoles y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 28 de Madrid.
9. ^ AATS núm. 1/2021 (cc. 9/20), 2/2021 (cc. 11/20), 3/2021 (cc. 13/20), 4/2021 (cc. 15/20), 5/2021 (cc. 17/20), 6/2021 (cc. 20/20), 7/2021 (cc. 22/20), 8/2021 (cc. 25/20), 9/2021 (cc. 27/20), 10/2021 (cc. 29/20) y 11/2021 (cc. 31/20), de 15-2, núm. 12/2021 (cc. 8/20), 13/2021 (cc. 10/20), 14/2021 (cc. 12/20) y 15/2021 (cc. 14/20), de 16-2, y núm. 16/2021 (cc. 16/20), 17/2021 (cc. 18/20), 18/2021 (cc. 24/20), 19/2021 (cc. 26/20), 20/2021 (cc. 28/20) y 21/2021 (cc. 30/20), de 17-2.
10. ^ Por eso el Auto 2/2023 de 10 enero (proc. 15/2022) expone los avatares habidos por el art. 3.1.f) LRJS y concluye “que erradicado dicho precepto del cuerpo procesal laboral, habremos de retornar a la situación

precedente acuñada por la Sala, y que determinaba, por los razonamientos anteriormente indicados, residenciar la competencia en el orden social de la jurisdicción”.

§ 44 Indefensión por incorrecta dirección en la notificación imputable a un error del juzgado al confundir el código postal.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: Para la efectividad del derecho de defensa es necesario que la parte tenga conocimiento del litigio y que el juzgado evite la indefensión en las comunicaciones. Es una circunstancia esencial de la comunicación que figure la dirección correcta de quien se pretende notificar y si esta se formuló incorrectamente por error del Juzgado, debe declararse la nulidad de actuaciones desde la situación al juicio para que la parte pueda presentarse.

Palabras clave: Indefensión. Incorrecta citación a la empresa. Error judicial. Nulidad de actuaciones. Derecho a ser escuchado en un juicio.

Abstract: For the effectiveness of the right of defense it is necessary that the party has knowledge of the litigation and that the court avoids defencelessness in the communications. It is an essential circumstance of the communication that the correct address of the person to be notified must appear and if this was incorrectly formulated due to an error of the Court, the nullity of the proceedings must be declared from the situation to the trial so that the party can appear.

Keywords: Lack of defense. Incorrect subpoena to the company. Miscarriage of justice. Nullity of proceedings. Right to be heard in a trial.

I. Introducción

La cuestión que debate la sentencia es si debe declararse la nulidad de actuaciones ante un defecto de situación de la empresa demandada y si tal declaración debe hacerse desde el momento de que se dicta sentencia, a fin de que pueda recurrir la empresa, o deben retrotraerse las actuaciones hasta el momento de citación.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 516/2024, de 2 de abril.

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 438/2023.

ECLI:ES:TS:2024:1989

Fuente: CENDOJ

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El actor fue despedido disciplinariamente. Tras diversos avatares, el Juzgado de instancia intentó la notificación en el domicilio designado en la demanda, notificación que resultó infructuosa. Se concedió nuevo plazo para designar domicilio y al no designarse, la Sala acordó la publicación de edictos, tanto en el tablón de anuncios como en el BOP, constando la publicación por edictos para celebrarse el juicio del 25-02-21. Antes de la celebración del juicio, se procedió a la averiguación telemática a través del juzgado, de la que se desprendió otro domicilio (B) al que se añadió el Código Postal 46250 enviándose la oportuna citación que fue devuelta por el servicio de correos como "dirección incorrecta". El Código Postal correcto de la anterior dirección, sin embargo, no era el reseñado en la citación sino el 46021. Pero no se volvió a enviar nueva citación con el Código Postal correcto, celebrándose el juicio sin estar citada la empresa.

El Juzgado de los social dictó sentencia el 26-2-2021 en proceso de despido al que no compareció la empresa que había sido citada por edictos, estimando la demanda y declarando el despido improcedente, resolviendo el contrato y condenando a la empresa a abonar una indemnización más salarios dejados de percibir, declarando la responsabilidad legal subsidiaria del FOGASA al estar la empresa cerrada y sin ningún trabajador.

Se siguió procedimiento de ejecución de sentencia en el que el 22-10-2021 se dictó providencia en la cual se admitía a trámite la petición de nulidad de actuaciones fundada en el momento de la citación a juicio y notificación de la demanda, dictándose Auto el 25-11-2021 en el que se retrotrajeron las actuaciones al momento previo a notificación de sentencia para que pudiera interponer recurso.

Debe hacerse constar que las sucesivas diligencias en ejecución se notificaron al domicilio que se averiguó por el Juzgado antes de la celebración del juicio oral; esto es B. Con la particularidad de que, en este caso, a diferencia de la citación anterior para el juicio, sí se puso el Código Postal correcto: el 46021.

La sentencia fue recurrida en suplicación por la empresa. El TSJ de la Comunidad Valenciana desestimó el recurso de suplicación en sentencia de 8-11-2022. Respecto de la cuestión aquí debatida razonó que ninguna indefensión se produce al realizarse todas las averiguaciones posibles tendentes a la localización del domicilio, constando diligencias negativas por cierre, acordando notificación edictal, no generándose indefensión propiciadora de nulidad. La sentencia da cuenta de que el 6-11-20 se dictó diligencia de ordenación exponiendo que, a la vista del resultado negativo de la citación a la empresa se concedió a la actora nuevo plazo para designación si conoce nuevo domicilio, además se procedió a la averiguación telemática a través del juzgado de la que se desprendió otro domicilio B, al que se añadió el Código Postal 46250, y se envió la oportuna citación que fue devuelta por el servicio de correos como "dirección incorrecta". *Ad cautelam* mediante Diligencia de ordenación se acordó la publicación de edictos en tablón de anuncios del juzgado y BOP del domicilio. El 23-11-20 se dictó diligencia de ordenación en la que figura la anterior diligencia negativa de citación del demandado en domicilio (el verificado en averiguación telemática), celebrándose el juicio el día 25-2-2021 y dictándose sentencia al día siguiente. Para la sentencia recurrida, al constar diligencia negativa por encontrarse cerrado el 3-11-2020 y el 6-11-2020 reseña que se concedió nuevo plazo para designar otro domicilio y verificarlo, disponiendo acordar la publicación de edictos, tanto en el tablón de anuncios como en el BOP, constando la publicación por edictos para celebrarse el juicio del 25/02/21, razonó que ninguna indefensión se produce al realizarse todas las averiguaciones posibles tendentes a la localización del domicilio,

constando diligencias negativas por cierre, acordando notificación edictal, no generándose indefensión propiciadora de nulidad.

Recorre la empresa en casación para la unificación de doctrina.

IV. Posición de las partes

La empresa demandada en el litigio principal alega indefensión. Se queja de que no se han respetado las formalidades legales en el emplazamiento del demandado a juicio. Cuestiona que la recurrida sólo reconozca la nulidad desde el momento de notificar la sentencia y no desde que se cometió el error de citación a juicio. Denuncia infracción del art. 24.1 CE en relación con el art. 218 LEC, por infringirse el derecho del demandado a ser citado correctamente y con las garantías legales y del art. 225 LEC por vulneración de una norma esencial del procedimiento, e interpretación errónea de los arts. 53, 59 y 80 LRJS.

El recurso ha sido impugnado de contrario e informado por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerarlo improcedente.

V. Normativa aplicable al caso

- Art. 24.1 CE

- Art. 56 LRJS

VI. Doctrina básica

Para la efectividad del derecho de defensa es necesario que la parte tenga conocimiento del litigio y que el juzgado evite la indefensión en las comunicaciones. Es una circunstancia esencial de la comunicación que figure la dirección correcta de quien se pretende notificar y si esta se formuló incorrectamente por error del Juzgado, debe declararse la nulidad de actuaciones desde la situación al juicio para que la parte pueda presentarse.

VII. Parte dispositiva

Estima el RCUD, casa y anula la STSJ de la Comunidad Valenciana, resuelve el debate en suplicación declarando la nulidad de todo lo actuado hasta la providencia de señalamiento del acto de juicio, para que dicte otra en la que, fijando nueva fecha, se cite a las partes a tal fin, debiendo seguir el proceso el cauce legal.

VIII. Pasajes decisivos

- "Hemos afirmado que el especial deber que tienen los órganos judiciales de emplear la máxima diligencia en el cumplimiento efectivo de las normas reguladoras de los actos de comunicación procesal, cuidando siempre de asegurar, cuando ello sea factible, que la comunicación llegue al conocimiento real de la parte, ya que este deber judicial constituye parte integrante del derecho a la tutela de los Jueces y Tribunales que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución."

- "Para la efectividad del derecho de defensa es necesario que la parte tenga conocimiento del litigio y que el juzgado debe evitar indefensión en las comunicaciones. Es una circunstancia esencial de la comunicación que figure la dirección correcta de quien se pretende notificar y si esta se formuló incorrectamente por error del Juzgado, no puede pretenderse que no se causó indefensión a la parte. El dato no puede valorarse como irrelevante ni puede presumirse que, en esas circunstancias, la citación edictal es suficiente. A través de las averiguaciones se supo el domicilio correcto y al intentar practicarse la citación, se hizo incorrectamente por error; por lo que correspondía al órgano judicial volver a intentar la citación con los datos correctos a fin de que pudiera practicarse".

IX. Comentario

La sentencia que se comenta no presenta complejos problemas jurídicos. Por ello lo llamativo es que no se haya solventado directamente la indefensión por parte de la sentencia de suplicación ya conocedora de lo ocurrido. Es doctrina incuestionable del TC y del TS que la finalidad de la regulación específica de los actos de comunicación es la de asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes. Por ello ambos tribunales insisten en el especial deber que tienen los órganos judiciales de emplear la máxima diligencia en el cumplimiento efectivo de las normas reguladoras de los actos de comunicación procesal, cuidando siempre de asegurar, en la mayor medida posible, que la comunicación llegue al conocimiento real de la parte. En realidad, la ausencia de citación para el juicio supone la vulneración de una de las fases más importantes del proceso, el acceso al mismo, en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales. Y es en esta vertiente del derecho da la tutela judicial efectiva donde el TC aplica el canon más riguroso de control (*pro actione*).

La correcta constitución de la relación jurídico-procesal, para la que es un instrumento capital el régimen procesal de emplazamientos, citaciones y notificaciones a las partes de los distintos actos procesales que tienen lugar en el seno de un procedimiento judicial, resulta, así pues, un elemento indispensable que debe verificarse con especial cuidado. En el caso de la citación y actos de comunicación procesal efectuados mediante correo certificado, su validez se condiciona a que quede constancia de su práctica en los autos y de los requisitos exigidos por el art. 56.3 LRJS, debiendo constar las circunstancias personales de quien recibió la notificación - nombre, documento de identificación y domicilio- así como su relación con el destinatario interesado. Exigencias comunes, sea cual sea el destinatario y su forma jurídica, y no pueden ser obviadas, so pena de que se incumpla la norma y se pongan en peligro los derechos de defensa del destinatario.

Todas estas consideraciones las recoge la STS comentada que insiste en que para que el derecho de defensa sea efectivo es necesario que la parte tenga conocimiento del litigio y que el juzgado debe evitar indefensión en las comunicaciones. Para ello, no cabe duda de que un elemento esencial para su efectiva recepción es que en la comunicación figure la dirección correcta de quien se pretende notificar. Por lo que cuando la dirección se formula incorrectamente por error del Juzgado, quien aunque puso la dirección correcta, erró en el código postal y, por tal motivo, resultó infructuosa, no cabe duda de que el desconocimiento de la causa no es imputable a la parte, sino que fue el propio Juzgado el que generó la indefensión. El dato del código postal, para la STS, no se considera irrelevante, en tanto con posterioridad, una vez insertado el correcto, pudieron hacerse las notificaciones. Por lo que, en las circunstancias del caso, el Supremo considera que proceder a la citación edictal es suficiente. Para la Sala, ante el error del Juzgado éste debía haber intentado de nuevo la citación con los datos correctos a fin de que pudiera practicarse.

Aunque el Supremo no lo dice expresamente, la nulidad no puede limitarse, como se hizo, al momento de dictarse la sentencia, permitiendo que se recurriera, como si con ello se subsanara la indefensión sufrida. El hecho de que el derecho a una tutela judicial efectiva tenga como una de sus facetas más importantes la del acceso a la jurisdicción y la proscripción de la indefensión, impidiendo a la empresa acudir al juicio para defender su postura con plenas facultades y posibilidades, constituye una ablación de la tutela no reparable por el hecho de que se pueda recurrir en suplicación. No sólo porque el canon de constitucionalidad del acceso al recurso es mucho más laxo que el del acceso a la jurisdicción, sino porque solo en el acto del juicio de la instancia la defensa es plena y amplia, mientras que en la jurisdicción social los recursos son todos ellos extraordinarios y, por ello, limitados en su alcance y preparación. La consecuencia de la Sala de lo Social resulta, por todo ello, completamente adecuada y ha evitado un recurso de amparo que, al margen del

problema de su trascendencia o no constitucional, suponía claramente la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

§ 45 Prestación irregular de trabajo. Sanción a la empresa por obstrucción a la labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: La sentencia del TS confirma la sanción impuesta a una empresa que no identificó a trece trabajadores que abandonaron el centro de trabajo durante unas visitas de la ITSS. Se considera que la sanción impuesta de 130.000 euros, la franja más baja del grado máximo por infracción muy grave no es desproporcionada en atención a la importancia del incumplimiento empresarial, que no pudo justificar la presencia de aquellos trabajadores.

Palabras clave: Empresa. Trabajador. Sanción. Infracción laboral.

Abstract: The judgment of the Supreme Court upholds the sanction imposed on a company that failed to identify thirteen workers who left the workplace during visits by the ITSS. It is considered that the sanction imposed of 130,000 euros, the lowest range of the maximum grade for a very serious infringement, is not disproportionate in view of the importance of the company's non-compliance, which could not justify the presence of those workers.

Keywords: Company. Worker. Sanction. Labour infringement.

I. Introducción

El diccionario de la Real Academia Española tiene varias definiciones del término “saga”. Uno de ellos es el de “serie de obras literarias, cinematográficas o lúdicas que tienen entre sí unidad argumental, de intención o de personajes”.

En puridad, reconozco que la primera parte de dicha definición no es aplicable a la tarea de la ITSS cuando levanta alguna de las actas reguladas en la normativa aplicable, es decir la Ley 23/2015 de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de ITSS (infracción, infracción por obstrucción, liquidación), pero sí creo que es aplicable a la segunda, ya que se trata de actas que tiene una unidad argumental, el incumplimiento empresarial de la normativa laboral, de protección social y/o de prevención de riesgos laborales, y la propuesta de sanción en cumplimiento de lo dispuesto en su normativa antes citada y en la LISOS. Ciertamente, me “falla” la unidad de personajes, si bien en una interpretación muy amplia de las reglas aplicables soy del parecer que hay un mismo personaje implicado, la empresa, persona física o jurídica, que incumple la legislación antes mencionada.

Esta reflexión previa tiene su razón de ser porque la obstrucción a la tarea de la ITSS, por darse unos incumplimientos tipificados en el art. 18 de la Ley 32/2015, entre otros el de “b) acreditar su identidad y la de quienes se encuentren en los centros de

trabajo”, es algo que, tal como constatan los repertorios de resoluciones judiciales se produce en varias ocasiones y provoca el levantamiento de actas de infracción por obstrucción tras la correspondiente tramitación administrativa, que suele ser impugnada en sede judicial y por ello el conflicto acaba siendo resuelto por el órgano jurisdiccional competente según la cuantía de la sanción. Dicha obstrucción puede darse de distintas maneras, como el negar la entrada al centro de trabajo (con buenas o malas formas), negar que hubiera personas trabajadoras que la Inspección ha visto durante su visita, o desconocer quiénes eran esas personas que estaban trabajando en el centro de trabajo. En las sentencias que han abordado conflictos como el que motiva este artículo, se recogen debidamente documentados los contenidos de las actas levantadas y, por supuesto, también todas las alegaciones empresariales tendentes, por una parte, a desvirtuar la “presunción de certeza de las comprobaciones inspectoras”, y por otra, aunque bien vinculada a la anterior, a negar la existencia de vulneración de normativa legal aplicable, y subsidiariamente a tratar de probar que en su caso, si existiera tal infracción, sería merecedora de una sanción menor por tener una tipificación inferior en gravedad y cuantía a la apreciada por la ITSS y recogida en la resolución de la autoridad laboral competente.

II. Identificación de la resolución comentada

Tipo de la resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: TS (Sala Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 531/2024, 4 de abril.

Tipo y número de recurso o procedimiento: Impugnación de actos de la Administración, núm. 1/2023.

ECLI:ES:TS:2024:1982

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.

Un nuevo caso de lo que he dado en llamar la “saga obstrucción a la labor de la ITSS”, ha llegado a la Sala Social del TS, competente para conocer de la demanda por razón de la cuantía económica impuesta a la empresa, por el Consejo de Ministros, por obstrucción a la tarea inspectora.

Se trata de la sentencia de 4 de abril, que versa sobre la demanda interpuesta por una empresa, en procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral y seguridad social, excluidos los prestacionales, contra la resolución del Consejo de Ministros de 31 de octubre de 2022, que desestimó el recurso potestativo de reposición interpuesto por aquella frente al Acuerdo de 10 de mayo, adoptado a propuesta de la Ministra de Trabajo y Economía Social, como consecuencia de un acta de infracción por obstrucción a la labor inspectora extendida por la ITSS de Huelva.

La sentencia mereció una amplia nota de prensa^[1] del gabinete de comunicación del Poder Judicial, titulada “El Tribunal Supremo confirma la sanción de 130.000 euros a una empresa que no identificó a 13 trabajadores que abandonaron el centro de trabajo durante unas visitas de Inspección”, acompañada del subtítulo “El tribunal concluye que no resulta desproporcionada la sanción, que se ha impuesto en la franja más baja de su grado máximo”. En la citada nota se sintetizaba la sentencia y se destaca que “... la resolución recurrida no adolece de falta de motivación y que no se ha causado indefensión a la empresa, aunque sus pruebas no se hayan considerado suficientes para desvirtuar los hechos constatados personalmente por los inspectores actuantes”.

La lectura de los hechos probados es especialmente interesante porque permite conocer la gravedad de la actuación empresarial, o mejor dicho falta de actuación, ante el abandono del centro de trabajo, primero de 15 y después de 13 trabajadores, con ocasión de las visitas (primera y segunda) realizada por una Inspectora y un subinspector en el marco de las actuaciones de control de empleo. Me parece necesario, además de oportuno, reproducir los hechos segundo, tercero y cuarto, para tener un adecuado conocimiento de como abordará más adelante el TS su fundamentación para resolver el litigio.

“SEGUNDO. El día 27 de mayo de 2021, a las 12.20 horas, se efectúa un control de empleo en dicho centro de trabajo por parte de una Inspectora de Trabajo y un Subinspector que se personan en el mismo.

Momento en el que salen corriendo de las instalaciones un total de 15 personas que se encontraban realizando tareas de recolección de fresas, abandonando los carros de recogida con la fruta recolectada y huyendo del lugar sin que pudieren ser identificados.

Durante la visita se localiza en el centro de trabajo a la trabajadora D.^a Encarna, acudiendo posteriormente D. Jacinto, socio y administrador de la empresa, que son requeridos para que identifiquen a los trabajadores que se han ausentado, siendo advertidos de la posible obstrucción a la labor inspectora.

Los interpellados no atienden el requerimiento, negando en un primer momento que se hubiere ausentado algún trabajador, para manifestar seguidamente que desconocen los motivos por los que se han marchado, afirmando que todos tienen la documentación en regla y están dados de alta en Seguridad Social, pero sin atender el requerimiento de los funcionarios actuantes para identificarlos, haciendo caso omiso a la sugerencia de llamarlos a sus teléfonos, identificarlos a través de los trabajadores que se han quedado en el centro de trabajo, o a través de los “sobrenombres” existentes en el listado del control diario de cajas de fresas recogidas.

Ese mismo día 27 de mayo, a las 13.02 horas se gira una segunda visita de inspección, localizándose a un número impreciso de trabajadores que vuelven a salir corriendo ante la presencia de los inspectores.

Se requiere nuevamente para su identificación a la trabajadora D.^a Encarna, quien manifiesta que hay dos trabajadores que se marcharon en la primera visita pero que en esta ocasión se han quedado en el centro de trabajo, que son identificados como Tomasa y José Ángel.

TERCERO. Con posterioridad, D.^a Esperanza aporta en las dependencias de la inspección la documentación de seguridad social y empleo de la empresa. En posteriores actuaciones seguidas a través de correos electrónicos los días 2 y 4 de junio de 2021, así como consultadas las bases de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social, no se ha podido identificar a los trabajadores que se ausentaron del centro de trabajo. El día 9 de junio de 2021, comparece en las dependencias de la inspección el administrador de la mercantil, no pudiéndose ser identificados los trabajadores que se ausentaron del centro de trabajo.

CUARTO. Consecuencia de esas actuaciones se levanta acta de infracción de 12 de noviembre de 2021, con propuesta de sanción de 130.003 euros, por la comisión de una falta muy grave de obstrucción a la labor inspectora, por haberse negado la empresa a identificar a los 13 trabajadores que finalmente se ausentaron del centro de trabajo durante la segunda visita de la inspección”.

IV. Posición de la parte demandante y propuesta del Ministerio Fiscal

La muy amplia batería argumental de las pretensiones formuladas por la empresa en su demanda pasa primero por sostener la inexistencia de obstrucción a la labor inspectora, y después por la de nulidad del procedimiento y de la sanción impuesta y/o por su anulación, con alegación de no haber respetado dicho procedimiento el plazo

de caducidad para las actuaciones de la ITSS y tampoco el plazo máximo de interrupción previsto para estas, defectos formales e infracciones sustantivos en la tramitación del procedimiento (falta de motivación de la resolución y no haberse practicado pruebas propuestas por la empresa y que por ello le hubiera provocado indefensión, y por vulneración del principio nos bis in idem; por fin, de manera subsidiaria, la defensa de ser la infracción menos grave que la tipificada en el acta, y por tanto merecedora en su caso de una sanción inferior, y si finalmente se entendiera que era muy grave, que se aplicara el grado mínimo de la sanción prevista en el art. 40. 1 c) de la LISOS.

También, conocemos que la empresa solicitó la suspensión de la ejecución del Acuerdo impugnado, siendo denegada la petición por la Sala. Sí se aceptó la solicitud de práctica de prueba testifical de una trabajadora y de la asesora laboral, realizada por vía telemática

Por otra parte, cabe indicar que el Ministerio Fiscal emitió su preceptivo dictamen en el que solicitó la desestimación de la demanda.

V. Normativa aplicable

Con prontitud centra la Sala la cuestión sobre la que gira el litigio, aquella en la que hay discrepancia entre la empresa y la Administración sancionadora, que no es otra que "... si realmente se encontraban prestando servicios en las instalaciones de la empresa 13 trabajadores no identificados, que se ausentaron a la carrera del lugar tras la llegada de los funcionarios de la inspección de trabajo", dado que esa es la tesis del acta y negada, con varios argumentos, por la empresa ya que no reconoce los hechos recogidos en el acta. En el fundamento de derecho primero conocemos tales argumentos:

"... (la empresa) sostiene que el administrador no se encontraba en el centro de trabajo cuando llegó la inspección, sino que acudió posteriormente cuando fue llamado en la segunda visita; que la trabajadora interpelada en aquel momento no tiene ninguna responsabilidad en la empresa y desconoce la información que le fue requerida; que la asesora laboral de la empresa aportó la documentación relativa a los 30 trabajadores que conformaban la plantilla; niega que se le hubiere requerido para que identificara a quienes se ausentaron del centro de trabajo; manifiesta que desconoce los motivos por los que supuestamente pudieren salir corriendo del lugar aquellos trabajadores; y afirma que todos los trabajadores que estaban trabajando aquel día disponían de la documentación en regla y se encontraban dados de alta en seguridad social".

Dado que se cuestiona la veracidad de los hechos expuestos en el acta, la Sala recuerda la presunción de certeza de que gozan las actuaciones inspectoras, con cita de los arts. 151.8 de la Ley reguladora de la jurisdicción social y 53.2 de la LISOS, en la misma línea que el art. 23 de la Ley de la ITSS, que no es desvirtuada en modo alguno ni por las alegaciones ni por las pruebas testificales practicadas. No hay duda de que "los funcionarios de la inspección pudieron observar personalmente que 13 trabajadores de la explotación se ausentaron a la carrera del lugar en su presencia, sin que pudieran ser identificados", y que las declaraciones de la trabajadora de "no ver a ningún trabajador escapando del lugar" no son incompatibles con el dato reflejado en el acta, dadas las dimensiones de la finca.

Tampoco el hecho de haber aportado la asesora laboral la documentación que acredita que 30 trabajadores estaban de alta en la Seguridad Social desmiente la tesis del acta, ya que no se encontraba en la empresa en el momento en que se produjeron los acontecimientos descritos, y por consiguiente desconocía qué había ocurrido, admitiendo la Sala que las pruebas aportadas por la empresa pueden demostrar, efectivamente, la situación regular de las personas trabajadoras cuya documentación se aportó, pero que en modo alguno desmentían "el hecho de que 13 trabajadores no identificados abandonaron a la carrera el centro de trabajo el día en que tuvo lugar la actuación inspectora".

VI. Doctrina básica

Partiendo, pues, de los inalterados hechos probados, la Sala va dando respuesta a cada una de las alegaciones empresariales, siendo la primera, recordemos, la de caducidad del expediente administrativo por haberse dilatado, según su parecer, más de nueve meses las actuaciones comprobatorias y haberse interrumpido dichas actuaciones por un período superior a cinco meses; es decir, por incumplimiento de los plazos regulados en el art. 21.4 de la Ley de la ITSS.

Tesis rechazada por la Sala por quedar acreditado (véase fundamento de derecho tercero, 1 y 2), que el acuerdo del Consejo de Ministros se adoptó “antes del plazo de seis meses desde el acta de infracción”, y que no se incumplió el plazo máximo de interrupción de las actuaciones, por haberse ampliado los plazos como consecuencia del “incidente de ciberseguridad” que sufrió la ITSS el 9 de junio de 2021 hasta el restablecimiento formal del mantenimiento del servicio el 31 de agosto.

La empresa alegó indefensión “por no haber recibido traslado de lo actuado a raíz del posterior informe ampliatorio de las actuaciones”. La desestimación se basa en la estricta aplicación del art. 18 del RD 928/1998 de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, o más exactamente de los apartados 3 (“Si se formularan alegaciones en plazo contra el acta de infracción, el órgano instructor podrá recabar informe ampliatorio, que se emitirá en quince días, del Inspector o Subinspector que practicó el acta. El citado informe será preceptivo si en las alegaciones se invocan hechos o circunstancias distintos a los consignados en el acta insuficiencia del relato fáctico de la misma, o indefensión por cualquier causa...”) y 4 (“Cuando de las diligencias practicadas se desprenda la invocación o concurrencia de hechos distintos a los reseñados en el acta, el órgano instructor, antes de emitir su propuesta de resolución, dará audiencia al supuesto responsable por término de ocho días con vista de lo actuado. Realizado el trámite de audiencia, el sujeto responsable podrá formular nuevas alegaciones por término de otros tres días, a cuyo término quedará visto para la propuesta de resolución”), ya que no existieron diferencias en los hechos en que se sustentaba la actuación inspectora desde sus orígenes, por lo que, consiguientemente, no era necesario conceder un nuevo plazo de alegaciones a la empresa al no haber aparecido “nuevos datos o elementos de juicio distintos a los reseñados en el acta...”

Idéntica suerte desestimatoria corre la alegación de haber incurrido la resolución impugnada en incongruencia omisiva, falta de motivación y, por ello, causar indefensión.

De los hechos probados queda constancia que la ITSS cumplió escrupulosamente el procedimiento, dando audiencia a la empresa y pudiendo esta aportar toda la documentación que consideró pertinente para su defensa. Es cierto que no se aceptó el argumento empresarial de negación de tales hechos, y que no se practicó alguna prueba solicitada, pero en modo alguno ello implica que no se tramitara el expediente y que se diera respuesta a todas las alegaciones empresariales, siendo ello cuestión bien distinta de su no aceptación, y siendo tales pruebas “irrelevantes que nada pueden aportar, por cuanto no van más allá de las testificales ya practicadas en este procedimiento judicial y de la documental entregada por la empresa”.

Alegada la vulneración del principio ne bis in idem (nadie puede ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento), es desestimada ya que tras la segunda visita las actuaciones inspectoras se siguieron respecto a 13 trabajadores, y no a los 15 que abandonaron el centro de trabajo durante la primera, siendo identificados dos de ellos en la segunda. Por consiguiente, estamos un expediente sancionador que “impide considerar la existencia de un doble y reiterativo...”

Por último, respecto a la gravedad de la sanción impuesta y a la cuantía fijada, es claro y diáfano para la Sala que se trata de una infracción muy grave que encaja

perfectamente en el art. 40.1 f) de la LISOS. Recuerda en primer lugar, partiendo de los hechos probados, que “la esquivada actuación de la empresa se ha limitado a negar esa circunstancia (huida) y a manifestar que desconoce los motivos por los que esos trabajadores escaparon a la carrera dejando abandonados los carros con las cajas de fresa recolectadas, sin facilitar en ningún momento los datos que permitieran su adecuada identificación. Toda su actuación se ha constreñido a entregar la documentación relativa a los 30 trabajadores en plantilla, sin aportar ningún otro elemento de juicio que de alguna forma pudiese justificar o explicar la anómala situación que supone el hecho de que en dos visitas consecutivas se produzca la inexplicable huida de 13 trabajadores que no han podido ser identificados de ninguna forma”.

El conjunto de los hechos probados, que incluyen tanto los incumplimientos empresariales de sus obligaciones legales como la salida, “abandono a la carrera” de 13 trabajadores cuando se inició la segunda visita inspectora, llevan a ser completamente pertinente la aplicación del citado precepto de la LISOS, que hay que relacionar con el art. 39.2, que expone los criterios de gradación de las sanciones, y el art. 40.1 c) que fija la cuantía de las multas por falta muy grave, siendo el grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros. La gravedad de los hechos probados lleva a concluir a la Sala que “no resulta desproporcionada la imposición de la sanción en la franja más baja de su grado máximo, sin que existan razones que justifiquen una calificación distinta en los términos postulados en la demanda”.

VII. Parte dispositiva

Por todo lo anteriormente expuesto, el TS desestima la demanda formulada por la parte empresarial contra la resolución del Consejo de Ministros de 31 de octubre de 2022, que desestimó el recurso potestativo de reposición interpuesto por aquella frente al Acuerdo de 10 de mayo, adoptado a propuesta de la Ministra de Trabajo y Economía Social, como consecuencia del acta de infracción por obstrucción a la labor inspectora extendida por la ITSS de Huelva y que ha sido objeto de atención este artículo.

VIII. Un apunte final

Cabe reiterar la importancia de la tarea de la ITSS para velar por el cumplimiento de la normativa laboral, de protección social, prevención de riesgos laborales y empleo vigente, y la misma relevancia del correcto cumplimiento de dicha normativa por la parte empresarial. La sentencia que ha sido comentada es un claro ejemplo de la mala praxis empresarial que provocó la imposición de una importante sanción económica, y una buena demostración de la eficaz acción de la ITSS.

Referencias:

1. [^] <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-confirma-la-sancion-de-130-000-euros-a-una-empresa-que-no-identifico-a-13-trabajadores-que-abandonaron-el-centro-de-trabajo-durante-unas-visitas-de-Inspeccion> (consulta: 10 de junio).

§ 46 Incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez con el trabajo, salvo que sea esporádico o marginal: nuevo revés jurisprudencial para los grandes inválidos.

Faustino Cavas Martínez

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

Resumen: *Compatibilidad de la pensión por gran invalidez con trabajo para la ONCE como vendedor de cupones, cuestionada en proceso de ejecución de sentencia. La Sala Cuarta del Tribunal Supremo modifica su doctrina para, recuperando su interpretación primigenia, declarar ahora que la compatibilidad prevista legalmente para las situaciones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez se refiere exclusivamente a trabajos esporádicos o marginales que no den lugar a inclusión del pensionista en la Seguridad Social.*

Palabras clave: *Gran invalidez. Pensión. Compatibilidad. Trabajos marginales.*

Abstract: *Compatibility of the pension for severe disability with work for ONCE as a coupon seller, questioned in the process of execution of the sentence. The Fourth Chamber of the Supreme Court modifies its doctrine in order to declare, recovering its original criterion, that the compatibility provided by law for situations of absolute permanent disability and severe disability refers to sporadic or marginal jobs that do not cause their inclusion in Social Security.*

Keywords: *Severe disability. Pension. Compatibility. Marginal jobs.*

I. Introducción

Las pensiones de incapacidad permanente se otorgan a causa de una limitación física o psíquica que impide trabajar a quienes las sufre. En el nivel contributivo, la pensión por incapacidad permanente provee a la sustitución de las rentas salariales o profesionales que se pierden con el trabajo que ya no es posible realizar por la discapacidad sobrevenida al trabajador. Pero esta regla general presenta muchos matices ya que el legislador español permite que, bajo determinadas premisas y condiciones, el pensionista de incapacidad permanente pueda desempeñar ciertas actividades, tareas o trabajos.

La compatibilidad con el trabajo de la pensión correspondiente a los grados de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez viene regulada en el artículo 198 del texto refundido de la LGSS/2015.

A tenor de lo establecido en este precepto:

-En caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en

otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.

-Las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

La interpretación de estas previsiones es una tarea compleja, habiendo dado lugar a una importante litigiosidad judicial. En especial, resulta difícil desentrañar a qué se está queriendo referir el legislador cuando, tras definir en la disposición transitoria vigésima sexta de la LGSS [aplicable hasta que se produzca el desarrollo reglamentario previsto en el apartado 3 de su art. 194] la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo como aquella que “inhabilite por completo al trabajador para desempeñar cualquier profesión u oficio”, y la gran invalidez como “la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”, pese a ello, consiente la norma que el pensionista pueda desarrollar determinadas actividades compatibles con su estado, siempre que no sean determinantes de revisión de su capacidad para trabajar. La duda surge inmediatamente: si se está incapacitado de forma previsiblemente permanente para el desempeño de cualquier profesión u oficio, ¿a qué tipo de actividades o trabajos se está refiriendo el legislador como no impedientes del devengo de la pensión? ¿solo aquellas tareas o actividades de carácter esporádico y residual, que no impliquen una dedicación profesional continuada ni generen un rendimiento significativo? ¿o más bien todas aquellas que la persona incapacitada permanente absoluta o gran inválida sea capaz de realizar a pesar de su estado?

A este respecto, la jurisprudencia sostuvo en una primera fase que, cuando el legislador alude al ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido, se estaba refiriendo “única y exclusivamente a aquellos trabajos de tipo marginal e intrascendente, en el sentido de ser de mínima significación y relieve, porque otro entendimiento del precepto rompería de manera frontal con todo el sistema y con la doctrina de la Sala que tiene reiteradamente declarado que la incapacidad permanente absoluta es aquella situación que impide al trabajador la realización de cualquier actividad por liviana y sedentaria que sea, con lo que de mantenerse un criterio amplio en la interpretación del precepto citado, el resultado sería, de contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo” (SSTS de 20 diciembre 1085 y 13 mayo 1986).

Con posterioridad, a partir de las SSTS de 30 de enero de 2008 (rcud. 480/2007) y de 16 de octubre de 2013 (rcud. 907/2012) (esta última, además, precisamente, con la venta de cupones de la ONCE) han declarado la compatibilidad de la GI con el trabajo por cuenta ajena; doctrina que se ha reiterado en numerosas sentencias sin diferenciar entre la GI y la IPA, como en las SSTS de 23 de abril de 2009, rcud. 2512/2008; de 1 de diciembre de 2009, rcud. 1674/2008; de 19 de marzo de 2013 rcud. 2022/2012; 450/2018, de 25 de abril, rcud. 2322/2016 y, más recientemente, la STS 233/2019, de 20 de marzo, rcud. 2648/2017.

Sin que se haya producido ningún cambio normativo que justifique el abandono de la interpretación mantenida a partir de la STS de 30 enero 2008, la Sala Cuarta reunida en Pleno decide recuperar su planteamiento original (brevemente expuesto) y con ello “volver a una más adecuada interpretación de los preceptos que disciplinan el régimen de compatibilidades entre prestaciones de incapacidad permanente y el trabajo por cuenta propia o ajena que sea más respetuosa con la dicción de los preceptos legales y con la finalidad de los mismos y del propio sistema de Seguridad Social, atendidos los criterios hermenéuticos del Código Civil, especialmente, la realidad social del tiempo en que las normas deben ser aplicadas”.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: 544/2024, de 11 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: rcud. núm. 197/2023.

ECLI: ECLI:ES:TS:2024:1996.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Angel Antonio Blasco Pellicer.

Votos Particulares: no contiene.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión sobre la que se reclama el dictamen unificador de la Sala Cuarta consiste en determinar si el reconocimiento de una gran invalidez a un trabajador de la ONCE es compatible con el hecho de que continúe vendiendo cupones de dicha organización.

Consta que el actor tenía reconocida una incapacidad permanente total (IPT) para la profesión habitual (de peón agrícola por la pérdida de visión) y, en enero de 2017, comenzó a prestar servicios para la ONCE como vendedor de cupones.

En enero de 2018 pidió la revisión del grado de invalidez que le fue denegada por resolución de la entidad gestora, por lo que planteó demanda recayendo sentencia de instancia que le reconocía la gran invalidez (GI).

El INSS notificó al actor que no procedería a abonarle la pensión de GI hasta que dejara de prestar servicios en la ONCE y el actor solicitó la ejecución provisional, recayendo auto de 19 de noviembre de 2020 que, tras constatar que la ejecución provisional carecía de objeto de forma sobrevenida al haber devenido firme la resolución ejecutada, consideró que debía resolver definitivamente sobre la ejecución de la sentencia, y al efecto, estimó la demanda ejecutiva y condenó al INSS y a la TGSS a abonarle la pensión de GI correspondiente al periodo de 24/04/2018 a 07/11/2019.

El auto recurrido en reposición fue confirmado por auto de 4 de diciembre de 2020, que es el que ha dado lugar a las actuaciones resueltas en el presente comentario.

La STSJ Andalucía/Sevilla de 26 de octubre de 2022 (rec. 340/2021) estimó el recurso y apreciando la incongruencia interna -entre la fundamentación jurídica y el fallo- y omisiva -por falta de pronunciamiento sobre la incompatibilidad alegada en el primer auto que el recurrido confirmó - entró a resolver sobre la compatibilidad de la pensión de GI con el trabajo de la ONCE cuestionada y declaró que la pensión era incompatible con las rentas derivadas del trabajo, ya que la función de aquella es sustituir la falta de estas, concluyendo que no ha lugar a despachar la ejecución solicitada.

IV. Posición de las partes

- Posición de la parte recurrente

El actor interpuso recurso de casación para la unificación de la doctrina en el que, a través de un único motivo de recurso, denuncia infracción del artículo 198.2 LGSS con relación a jurisprudencia de esta Sala que cita y reproduce parcialmente.

Para acreditar la contradicción, el recurrente aporta de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 30 de enero de 2022 (rec. 1152/2001), que declara la compatibilidad de la prestación de IPA con la

actividad del demandante como vendedor de cupones de la ONCE, desestimado el recurso formulado por el INSS.

- Posición de la parte recurrida

El recurso ha sido impugnado por la defensa letrada de la Administración de la Seguridad Social.

- Posición del Ministerio Público

El recurso ha sido informado por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar su procedencia.

V. Normativa aplicable al caso

-El art. 198 del TRLGSS establece en su apartado 2: “Las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.”

-La Disposición Transitoria Sexta del mismo texto legal, bajo el rótulo “*Calificación de la incapacidad permanente*”, establece en su apartado Uno que “Lo dispuesto en el artículo 194 de esta ley únicamente será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3 del mencionado artículo 194. Hasta que no se desarrolle reglamentariamente dicho artículo será de aplicación la siguiente redacción:

(...)

5. Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

6. Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”.

VI. Doctrina básica

Superado el juicio de contradicción, el Alto Tribunal entra a conocer el fondo de la controversia y, a partir de la fundamentación que más abajo se expone, considera que “los trabajos compatibles con las prestaciones de incapacidad allí determinadas (Incapacidad Permanente Absoluta -IPA- y Gran Invalidez -GI-) autorizados por dicha norma son aquellos de carácter marginal y de poca importancia que no requieran darse de alta, ni cotizar por ellos a la Seguridad Social; es decir los residuales, mínimos y limitados y, en manera alguna, los que constituyen la propios que se venían realizando habitualmente ni cualesquiera otros que permitan la obtención regular de rentas y que, como se ha precisado, den lugar a su inclusión en un régimen de la Seguridad Social.”

VII. Parte dispositiva

La sentencia objeto de este comentario acuerda desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia dictada el 26 de octubre de 2022 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en el recurso de suplicación núm. 340/2021, la cual es confirmada.

VIII. Pasajes decisivos

En el fundamento de derecho cuarto se despliegan las razones y argumentos que justifican el cambio de criterio de la Sala Cuarta y el retorno a la interpretación primigenia en el tema considerado. Tales argumentos son:

-Interpretación literal: “A este respecto resulta palmario que la norma -al hablar de actividades compatibles (la propia dicción “actividades” y no “trabajos” contribuye a dicho entendimiento) se está refiriendo a labores o tareas marginales y limitadas y no a ocupaciones permanentes o cotidianas que por su extensión o intensidad den lugar a su inclusión en el sistema de Seguridad Social.”

-Interpretación sistemática: “Resulta difícil imaginar que, por un lado, la norma califique la IPA como situación que inhabilita por “completo” al trabajador para “toda” profesión u oficio; y que, por otra, este permitiendo la compatibilidad con actividades que, según la definición anterior no podría realizar. Sobre ello abunda el dato normativo según el que el artículo 198.1 LGSS -referido a la compatibilidad de la Incapacidad Permanente Total- hace referencia a la compatibilidad con el “salario” que pueda percibir el trabajador en funciones no coincidentes con las que provocaron la IPT; mientras que el precepto que nos ocupa no se refiere, en ningún momento al salario, sino a actividades que sean o no “lucrativas”. Finalmente, el apartado 3 del artículo 198 LGSS que nos ocupa reitera, para después de la jubilación, la previsión del apartado 2 respecto de la IPA y GI antes de producirse la jubilación.” “La lógica de la interpretación sistemática solo puede conducir a que la recta hermenéutica de las actividades compatibles únicamente puede referirse a tareas o funciones que no sean las correspondientes a alguna profesión u oficio, sino a labores de índole accesorio, marginal, ocasional o limitado que, siendo o no lucrativas, no den lugar a su inclusión en el sistema de Seguridad Social.”

-Finalidad genérica de las prestaciones del sistema de Seguridad Social: “La finalidad genérica de todas las prestaciones que componen en cada momento el sistema de seguridad social es subvenir situaciones de necesidad de los ciudadanos o, más concretamente, de los afiliados al sistema, en tanto que la Seguridad Social es un régimen jurídico de protección social formado, entre otras ayudas o servicios, por prestaciones públicas que tratan de colocar a los ciudadanos a salvo de las situaciones de necesidad social a las que la vida les puede enfrentar. El sistema español se financia con aportaciones de empresarios y trabajadores (cotizaciones) y, también, con importantes transferencias de los presupuestos generales del Estado; esto es, con aportaciones de los impuestos de los ciudadanos. Con estos recursos, siempre limitados ante las múltiples necesidades a las que atender, el sistema -de conformidad con sus principios inspiradores y con las normas de aplicación- establece el régimen jurídico de cada prestación que incluye tanto la protección a otorgar como su régimen de compatibilidades. Tal normativa debe ser interpretada, por tanto, en función del diseño constitucional y legal del sistema y conforme a los principios de suficiencia de las prestaciones y equilibrio financiero.”

-Finalidad específica de la prestación de incapacidad permanente: “las prestaciones de Incapacidad permanente tratan de sustituir la sobrevenida carencia de rentas del trabajo debida a la pérdida de ingresos derivada de la imposibilidad de trabajar que se produce como consecuencia de la situación incapacitante sufrida por el trabajador. Ello implica que, si no existe esa pérdida de rentas del trabajo porque la situación incapacitante no implica la imposibilidad de obtener las mismas, la prestación no nace porque no concurre situación de necesidad específica que precise de protección y del esfuerzo social del resto de ciudadanos para la acumulación de ingresos que permitan atender dicha situación de necesidad”.

-La compatibilidad limita las posibilidades de ocupación de personas desempleadas y subvierte la lógica del sistema de protección de la Seguridad Social: “(...) admitir la compatibilidad en los términos en los que lo hacía nuestra anterior jurisprudencia -que aquí expresamente rectificamos- implicaba, en muchas ocasiones ligadas a la prestación de un trabajo por cuenta ajena, la ocupación de un empleo que podría haber sido ocupado por un trabajador desempleado que percibía prestación pública de desempleo y que sí resultaba -y resulta- incompatible con ese nuevo empleo. De esta forma, aplicando el entendimiento anterior del sistema de compatibilidades resultaba que el beneficiario seguía percibiendo rentas del trabajo, mientras que la seguridad social abonaba dos prestaciones: una de incapacidad al

propio beneficiario; y otra, de desempleo, al trabajador que no percibía rentas de trabajo por carecer de empleo y que podría haber accedido a las rentas de trabajo derivadas del empleo que ocupaba el beneficiario de la prestación de incapacidad. Ello resulta contrario a la lógica y a la sostenibilidad del sistema de prestaciones públicas de protección social; y, también, al principio de solidaridad que impregna e informa la concepción constitucional y legal de la Seguridad Social, en la medida en que una misma persona -imposibilitada normativamente para el ejercicio de toda profesión u oficio- compatibiliza una pensión pública con rentas derivadas del trabajo que desarrolla.”

-Revisión del sistema de incapacidades en general: “Si en las actuales circunstancias sociales, las nuevas tecnologías informáticas y el uso de la denominada inteligencia artificial pueden permitir a personas con serias dificultades somáticas la realización de trabajos con la ayuda de tales instrumentos, la solución al problema que se plantea no debe ser la compatibilidad de las rentas del trabajo con la prestación pública que compense la incapacidad; sino, al contrario, la revisión del sistema de incapacidades en general y, específicamente, la del beneficiario afectado en orden a potenciar sus capacidades y la consecución de rentas dignas derivadas de su esfuerzo y trabajo al margen de la pensión pública cuya finalidad era sustituir las rentas que no existían.”

-Sistema de protección social y políticas de asistencia social: “el sistema de protección social en general y las políticas de asistencia social, en particular, poseen y deben arbitrar nuevos mecanismos tendentes a la reinserción socio laboral de las personas con discapacidades para el trabajo, a través de programas y actividades destinadas al incremento de sus capacidades laborales, sin necesidad de sustituirlas con aportaciones prestacionales que resultan incompatibles con aquellos trabajos, incluidos en el ámbito de la seguridad social que permiten la obtención regular de rentas derivadas del trabajo.”

IX. Comentario

Durante mucho tiempo ha sido foco de litigiosidad la determinación de si procede paralizar el abono de la pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez cuando quien la percibe como consecuencia de que su incapacidad le impide realizar cualquier tipo de actividad, pese a ello, desempeña de modo efectivo un trabajo a tiempo completo, bien que diverso al que precedió a la declaración de invalidez.

A este respecto, el artículo 18.4 de la OM de 18 de enero de 1996, por la que se desarrolla el RD 1300/1995 dispone que si el procedimiento de revisión se hubiera iniciado en razón a que el perceptor de la pensión de invalidez permanente estuviera ejerciendo trabajos por cuenta propia o ajena, y no se hubiese constatado error de diagnóstico o mejoría que justifique el reconocimiento del derecho a las prestaciones por invalidez permanente, en un grado de incapacidad inferior o la aptitud para trabajar, la Dirección Provincial del INSS actuará de conformidad con la normativa en vigor y, en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado, dando lugar a la suspensión de aquella, cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2 LGSS/1994 (actual art. 198 TRLGSS/2015). Y es que no queda claro cuáles son las actividades compatibles con el percibo de una pensión por parte de quienes han sido considerados como padecedores de lesiones que impiden el desarrollo de toda actividad. ¿Esa capacidad residual significa que sólo podrán desempeñar las tareas que no lleguen a integrar una verdadera profesión u oficio?

Buena prueba del carácter convencional y técnico que poseen los conceptos utilizados a la hora de calificar la incapacidad la constituye el que se admite que, aun percibiendo una pensión por IPA o GI, será posible desarrollar actividades productivas. Así, las pensiones por IPA o GI pueden simultanearse con el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. Como se avanzó al exponer el cuadro normativo aplicable, nótese que el INSS sólo posee la

facultad de suspender el abono de la pensión cuando se trate de trabajos incompatibles con la IPA o la GI^[1].

Resumiendo: por un lado la LGSS sólo permite que se declare la existencia de una IPA o de una GI cuando el trabajador no esté en condiciones de realizar actividad profesional alguna; por otra parte, sin embargo, se permite que esos pensionistas de invalidez lleven a cabo las actividades productivas compatibles con su estado. ¿Cómo es posible conciliar ambas previsiones?

Hasta el cambio de criterio operado por la STS de 30 de enero de 2008 (rcud. 480/2007), el modo mayoritario de coexistir las referidas previsiones pasaba por considerar que los trabajos compatibles para el gran inválido sólo eran aquellos cometidos laborales que no son objeto de usual contratación en el mercado de trabajo, especialmente atendiendo a la jornada y a la retribución. Como apoyo sistemático de esta interpretación de lo que sean “actividades compatibles con el estado del inválido” se invocaba la locución del art. 7.6 LGSS (trabajo que “en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida”).

La corriente mayoritaria vino sosteniendo que la actividad compatible en cuestión no puede comprender el núcleo funcional de una profesión u oficio, cualquiera que sea, pues a todos afecta tal grado de invalidez. La actividad laboral compatible con las situaciones de IPA y GI, por necesidad, había de ser de escasa significación pues, aunque de modo tácito, parece claro que el legislador se refiere única y exclusivamente a aquellos trabajos de tipo marginal e intrascendente, en el sentido de ser de mínima significación y relieve, porque otro entendimiento del precepto rompería de manera frontal con todo el sistema y con la doctrina conforme a la cual la IPA es aquella situación que impide al trabajador la realización de cualquier actividad por liviana y sedentaria^[2].

Pero un entendimiento más flexible del descrito conjunto normativo surge cuando se atiende a la idea de que el derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de IPA o GI, porque así lo reconoce el art. 35 CE. De hecho, cierta jurisprudencia ha subrayado que si bien la propia definición de IPA determina una cierta dificultad teórica para admitir la actividad laboral normal -no ocasional o discontinua- de quien se encuentra en tal situación, la posibilidad de esa actividad profesional se deriva del hecho de que la calificación de IP es un juicio problemático de las expectativas de empleo^[3].

Esta interpretación se abrió paso en la citada STS de 30 de enero de 2008 (rcud 480/2007), en la que propugna una interpretación moderada, flexible, de los términos en que se expresa el legislador al precisar el concepto de la IPA o de la GI, pues la propia LGSS lo relativiza cuando permite que se desarrollen actividades compatibles con el estado del inválido. Esta construcción jurisprudencial se alzaba sobre los siguientes argumentos:

Compatibilidad legal.- Se invoca la literalidad de la norma sobre compatibilidad (art. 141.2 LGSS), en la que no hay límite alguno a la simultaneidad referida, debiendo interpretarse a la luz del constitucional derecho al trabajo.

Evitar agravios con la IPT.- La opción interpretativa contraria llevaría a hacer de mejor condición al trabajador declarado en IPT [legalmente apto para cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarado inválido] que al incapaz declarado en IPA [al que se le negaría toda actividad -e ingresos- extramuros de la marginalidad].

Motivación e integración laboral.- La incompatibilidad estricta tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA o GI; la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con toda seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo - psicofísico- por parte del inválido.

Nuevas tecnologías.- Este planteamiento cobra pleno vigor si se atiende a las nuevas tecnologías [particularmente informáticas y de teletrabajo], que consienten pluralidad de actividades laborales -a jornada completa- a quienes se encuentran en situaciones de IPA o GI, de manera que la compatibilidad representa un considerable acicate para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida.

Ultra vires.- Las disposiciones reglamentarias (en especial la OM de 1996) que permiten la suspensión del abono de la pensión han de ser consideradas “ultra vires” de la manifestación legal de compatibilidad que establece el art. 141.2 LGSS (actual art. 198 TRLGSS), que no se remite a desarrollo reglamentario alguno, e ineficaces.

Dieciséis años más tarde, estos argumentos han dejado de convencer a la Sala Cuarta del TS, que ha decidido recuperar su primigenia interpretación restrictiva, por las razones que han sido expuestas en el epígrafe VIII.

X. Apunte final

Corren vientos fríos en la jurisprudencia para las personas grandes inválidas. En solo dos años, el Tribunal Supremo ha modificado su doctrina sobre dos aspectos esenciales que inciden en la dinámica de su protección social:

-Por un lado, para descartar el criterio objetivo de la dolencia -en concreto, ceguera- para activar el derecho al reconocimiento de la situación de gran invalidez, pasando a sostener que una persona ciega, o que sufre una merma visual inferior a 0,1 en ambos ojos, no puede considerarse gran inválida de forma automática, sino únicamente cuando queda acreditado que precisa el concurso de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida^[4].

-De otro lado, como se acaba de exponer, ha rectificado su doctrina en materia de compatibilidad entre pensión de IPA o GI y trabajo, declarando que la compatibilidad prevista legalmente para las situaciones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez se refiere exclusivamente a trabajos esporádicos o marginales que no den lugar a inclusión del pensionista en la Seguridad Social.

La solución al problema que se adopta (cuya “complejidad” reconoce la Sala), seguramente, disgusta tanto como la contraria. Lo que verdaderamente desazona es que se considere incapaz de desempeñar cualquier oficio o actividad profesional a una persona que en la realidad demuestra lo contrario. Pero si se recuerda lo convencional de las categorías calificadoras de la incapacidad permanente y que la LGSS tiene previsto (desde hace más de diez años) sustituir el actual sistema de valoración por otro basado en una “lista” quizá pueda aceptarse con más tranquilidad de ánimo el paradójico resultado a que se accede (una persona a la que se considera imposibilitada para cualquier oficio, pero que desarrolla uno a tiempo completo). Son varias las cuestiones que el legislador debiera revisar para que estas situaciones encuentren un desenlace más satisfactorio, pero no cabe duda de que entre ellas está la mejor depuración sobre los grados de incapacidad, en la línea ya indicada. Asimismo, sería conveniente una regulación de incompatibilidades mucho más matizada que la actual.

Referencias:

1. ^ Véanse los argumentos de SSTs 13 febrero 2003 (rcud. 2943/2002) y 3 mayo 2005 (rcud. 1113/2004).
2. ^ Aunque minoritario, también el criterio flexible fue recogido por alguna sentencia del Supremo. En concreto, la STS de 2 febrero 1979 manifiesta

que “el trabajador en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, por lo dispuesto en el art. 24.4 de la OM de 15 abril 1969, puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación, sin limitación alguna, sin que en ningún extremo de la disposición legal se afirme que sólo puede desempeñar actividades superfluas, accidentales o esporádicas”.

3. ^ Véanse las SSTS de 6 octubre, 3 y 23 noviembre 1987 y 20 febrero 1989.
4. ^ STS de 16 de marzo de 2023, rcud. 199/2023.

§ 47 **Planes de igualdad. Elaboración unilateral por la empresa ante la ausencia de representación legal y la prolongada incomparecencia sindical.**

Carlos Hugo Preciado Domènech

Magistrado de la jurisdicción social. Doctor en Derecho y en Ciencias Políticas.

Resumen: Validez de un Plan de Igualdad de ámbito empresarial (PIE), elaborado de forma unilateral por la empresa ante la dificultad de contar con interlocutor válido para su negociación.

Palabras clave: Plan de igualdad. Validez.

Abstract: Validity of a business Equality Plan (BEP), prepared unilaterally by the company due to the difficulty of having a valid interlocutor for its negotiation.

Keywords: Equality Plan. Validity.

I. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala IV del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm.545/2024, de 11 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación núm.123/2023.

ECLI:ES:TS:2024:2073

Fuente: CENDOJ

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

Votos Particulares: carece.

II. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Se discute la validez de un Plan de Igualdad de ámbito empresarial (PIE), elaborado de forma unilateral por la empresa ante la dificultad de contar con interlocutor válido para su negociación. La empresa demandante impugna un acto sujeto al Derecho Administrativo dictado por la autoridad laboral en el ejercicio de sus potestades en materia laboral de los previstos en el art. 2.n) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Antecedentes relevantes:

A) La empresa demandante (ASSECO SPAIN S.A.) posee varios centros de trabajo pero sin que en ellos exista representación legal de quienes trabajan (RLT).

B) La mercantil elaboró un plan de igualdad de empresa (PIE) cuyo contenido hubo de subsanar.

El 8 de marzo de 2021 la empresa remite correo electrónico a los sindicatos más representativos a fin de constituir la mesa negociadora del PIE, sin que en los diez días hábiles siguientes hubiera recibido respuesta.

El 30 de abril de 2021 la empresa presentó por medios electrónicos la solicitud de inscripción de su Plan de Igualdad en el registro de Convenios, Acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad en la Subdirección General de Relaciones Laborales (Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social; Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social), abriéndose el expediente no 90/19/0713/2021.

El 31 de agosto de 2021 la Administración interesa que se acredite documentalmente la debida constitución de la comisión negociadora del Plan de Igualdad presentado, así como, la modificación /inclusión de parte del contenido mínimo obligatorio.

El 14 de septiembre de 2021 la empresa solicita ampliación del plazo para subsanar el tema de la Comisión porque afirma que solo ha recibido respuesta de UGT, además de presentar el PIE modificado, a lo que accede la Dirección General de Trabajo el 6 de octubre siguiente.

El 20 de octubre de 2021 la empresa manifiesta que ha vuelto a requerir a los sindicatos mayoritarios para que constituyan la comisión negociadora sin que haya obtenido respuesta satisfactoria.

C) La empresa ha intentado constituir una comisión negociadora, durante un periodo superior a un año, con los sindicatos más representativos.

Consta que la mercantil ha remitido correos electrónicos a la Unión General de Trabajadores (UGT), solicitando su participación en la formación de una mesa negociadora del plan de igualdad hasta en nueve ocasiones entre el 13 de septiembre de 2021 y el 19 de enero de 2023. La empresa facilitó a la UGT diversos datos requeridos.

Asimismo, se ha acreditado que la empresa, con idéntica finalidad, ha remitido a Comisiones Obreras (CCOO) diversos correos (los últimos en junio 2022 y enero de 2023), habiendo respondido este sindicato que le era imposible atender esa solicitud de negociación debido a la acumulación de tales iniciativas.

D) Por resolución de 14 de febrero de 2022, la Directora General de Trabajo, desestima la inscripción del PIE por no haberse producido la constitución de la comisión negociadora. Invoca las previsiones del RD 713/2010 y del art. 5.3 del RD 901/2020 de 13 octubre

Frente a dicha resolución interpuso la empresa recurso de alzada (11 marzo 2022), que ha sido desestimado por la Resolución de fecha 3 de agosto de 2022, dictada por el Ministerio a propuesta de la Subdirección General de Informes, recursos y Publicaciones.

E) La empresa interpuso demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, impugnando la Resolución de 3 agosto 2022.

F) Mediante su sentencia 178/2023 de 24 febrero la Sección Tercera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estima la demanda de ASSECO SPAIN S.A.: De manera literal, concluye que dejamos sin efecto la resolución impugnada y la que confirma de 14 de febrero de 2022 denegatoria de la inscripción del plan de igualdad de la demandante y condenamos a la demandada a proceder a la inscripción del mismo. Considera que la empresa se encuentra inerte para constituir la comisión negociadora porque carece de RLT y los sindicatos no han accedido a

integrarse en ella. Estamos ante una situación excepcional, de bloqueo negocial por ausencia de órganos representativos de los trabajadores.

Conforme al art. 11 del RD 901/2020 el PIE debe inscribirse, cualquiera que sea su origen o naturaleza, obligatoria o voluntaria, y haya sido o no adoptado por acuerdo entre las partes.

Debe asimilarse a un plan adoptado sin acuerdo la inexistencia de comisión negociadora por causa ajena a la voluntad de la empresa y no imputable a la misma que ha tratado reiteradamente de que fuera constituida.

III. Posición de las partes

El Ministerio de Trabajo y Economía Social interpone recurso de casación, canalizado a través del artículo 207.e) LRJS ("Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate"), y estructurado en un motivo único.

Alega la infracción del artículo 5.3 del RD 901/2020 y razona que no cabe sustituir la voluntad de los trabajadores al igual que sucede en los convenios colectivos. Era obligado constituir la comisión ad hoc prevista en ese precepto o acudir a los medios extrajudiciales de solución de conflictos. En último término, sostiene, la empresa podría haber impetrado la tutela judicial para que se condenase a la constitución de la comisión negociadora.

La empresa impugna el recurso y descarta que pudiera acudir al conflicto colectivo para resolver la ausencia de interlocutores en la negociación e invoca la doctrina de la STS 571/2021 de 25 mayo.

Destaca que la empresa sin PIE está expuesta a sanciones y limitada en el acceso a la contratación pública, lo que comporta un grave perjuicio. Asimismo recuerda que el contenido del PIE fue admitido como válido por la Autoridad Laboral y que no se trata de imponer la voluntad patronal a la plantilla.

El Fiscal considera que el motivo debiera ser desestimado, en tanto la argumentación de la sentencia recurrida se ajusta a las prescripciones normativas en esta materia. Invoca la doctrina acuñada en la STS 571/2021 de 25 mayo (rec. 186/2019), subrayando el bloqueo negocial y la excepcionalidad de la situación

IV. Normativa aplicable al caso

Se aplican los arts.45 y 46 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), que regulan "Elaboración y aplicación de los planes de igualdad", así como el Concepto y contenido de los planes de igualdad de las empresas", respectivamente.

El art.17.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET) dispone que el establecimiento de planes de igualdad en las empresas se ajustará a lo dispuesto en esta ley y en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. También hay que tener en cuenta el art. 85.2 ET, que se dedica a disciplinar de forma expresa el contenido de los Planes de Igualdad.

La promoción del Plan tiene lugar (marzo 2021) cuando ya está en vigor el RDL 6/2019 de 1 de marzo) y el RD 901/2020. En efecto, el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, regula los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Su extenso artículo 5º afronta el Procedimiento de negociación de los planes de igualdad. En su apartado 3º dispone que: " 3. En las empresas donde no existan las representaciones legales referidas en el apartado anterior se creará una comisión negociadora constituida, de un lado, por la representación de la empresa y, de otro lado, por una representación de las personas trabajadoras, integrada por los sindicatos más representativos y por los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la

comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. La comisión negociadora contará con un máximo de seis miembros por cada parte. La representación sindical se conformará en proporción a la representatividad en el sector y garantizando la participación de todos los sindicatos legitimados. No obstante, esta comisión sindical estará válidamente integrada por aquella organización u organizaciones que respondan a la convocatoria de la empresa en el plazo de diez días.

Si existen centros de trabajo con la representación legal a la que se refiere el apartado 2 y centros de trabajo sin ella, la parte social de la comisión negociadora estará integrada, por un lado, por los representantes legales de las personas trabajadoras de los centros que cuentan con dicha representación en los términos establecidos en el apartado 2 y, por otro lado, por la comisión sindical constituida conforme al párrafo anterior de este apartado en representación de las personas trabajadoras de los centros que no cuenten con la representación referida en el apartado 2. En este caso la comisión negociadora se compondrá de un máximo de trece miembros por cada una de las partes.

La comisión negociadora podrá contar con apoyo y asesoramiento externo especializado en materia de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, quienes intervendrán con voz pero sin voto [...]. “

V. Doctrina básica

1a) Si el Plan de Igualdad se aprueba en concordancia con lo previsto en Convenio Sectorial es precisa negociación colectiva; si el Plan de Igualdad está en el Convenio de la propia empresa, cabe que una Comisión se encargue de su desarrollo y aplicación.

2a) En empresas obligadas a disponer de PIE es imperativo negociar el Plan de Igualdad con arreglo a las normas del ET que regulan la negociación colectiva.

3a) La Comisión Negociadora del Plan de Igualdad debe constituirse por acuerdo entra la empresa y los representantes legales de los trabajadores, sin que pueda ser sustituida por una comisión "ad hoc".

4a) Las dificultades para pactar el Plan no justifican su aprobación al margen del cauce previsto; es posible acudir tanto a los medios judiciales cuanto extrajudiciales de solución del conflicto para exigir que se negocie de buena fe.

5a) Solo de manera muy excepcional (bloqueo negocial reiterado e imputable a la contraparte, negativa a negociar, ausencia de órganos representativos) podría aceptarse que la empresa estableciera un Plan de Igualdad obviando las referidas exigencias, pero entendido como provisional. Vid STS 832/2018 de 13 septiembre (rc. 213/2017, Unisono) y STS 571/2021 de 25 mayo (rec. 186/2019, ISDEFE)

VI. Parte dispositiva

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio de Trabajo y Economía Social (Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones), representado y defendido por el Abogado del Estado.

2º) Confirmar y declarar firme la sentencia no 178/2023 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 de febrero, en autos no 1360/2022, seguidos a instancia de la mercantil Asseco Spain, S.A., contra dicho recurrente, sobre impugnación de actos administrativos.

3º) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

VII. Pasajes decisivos

Saliendo al paso de algunas consideraciones del recurso de la Abogacía del Estado conviene realizar una diferencia entre los convenios colectivos y los Planes de Igualdad. En ambos casos existe deber de negociar, de actuar con buena fe y de someter a registro el resultado positivo; en ambos casos cabe acudir a medios de solución ajenos a la propia comisión negociadora para conseguir el desbloqueo; también en ambos supuestos hay que garantizar la representatividad de la comisión y de los acuerdos adoptados.

Sin embargo, la consecución del convenio colectivo no es una obligación para la empresa, mientras que sí existe ese deber cuando se trata del PIE (art. 45.2 LOI). El derecho a la negociación colectiva (art. 37.2 CE) genera en la contraparte el deber de negociar (art. 89.1.II ET), pero no el de acordar. La ausencia de acuerdo en el caso del PIE genera su inexistencia y la comisión de una infracción laboral muy grave (art. 8.17 LISOS), así como la imposibilidad de acudir a determinadas convocatorias públicas (art. 71.1.d de la Ley 9/2017).

El artículo 46.6 LOI remite al desarrollo reglamentario algunos aspectos, entre los que se encuentra "el Registro". El artículo 11 del RD 901/2020 es el precepto que se encarga de ello y ha sido invocado por la sentencia recurrida como palanca argumental para afirmar que, en el presente caso, el carácter unilateral del Plan de Igualdad no impide su registro, "debiéndose asimilar a un plan adoptado sin acuerdo, la inexistencia de comisión negociadora por causa ajena a la voluntad de la empresa".

La norma en cuestión quiere recalcar la obligatoriedad de que las empresas (con independencia de la persona que lleve a cabo la tarea) concedan publicidad a su PIE. De ahí el amplio espectro de la obligatoriedad acuñada: "Los planes de igualdad serán objeto de inscripción obligatoria en registro público, cualquiera que sea su origen o naturaleza, obligatoria o voluntaria, y hayan sido o no adoptados por acuerdo entre las partes".

No estamos ante un precepto que consagre para la Autoridad Laboral el deber de proceder al registro, sino más bien una admonición hacia los sujetos obligados a disponer del PIE, es decir, las empresas de determinadas características. De forma escueta y nítida, el artículo 46.5 LOI prescribe que "Las empresas están obligadas a inscribir sus planes de igualdad en el citado registro", disipando cualquier duda al respecto. Quien lo presente debe realizar "la solicitud de inscripción" (art. 11.4), correspondiendo a la Autoridad Laboral supervisar la existencia de "errores u omisiones", de modo que "contra la negativa a la misma podrá reclamarse ante la autoridad inmediata superior de quien dependa la que tuviere a su cargo el registro y la resolución que se dicte pondrá fin a la vía administrativa" (art. 12). Solo "una vez que la autoridad laboral competente haya ordenado la inscripción y publicación del convenio, plan de igualdad o acuerdo colectivo le asignará un código" (art. 13).

En resumen: el argumento de la sentencia recurrida es acertado para indicar que la ausencia de acuerdo en la consecución del PIE no debe impedir que acceda al registro, aunque sin que ello suponga que la Autoridad Laboral, de manera obligada y acrítica, deba efectuar la inscripción y publicación del plan.

VIII. Comentario

Nos hallamos ante una sentencia importante que sigue la estela de otras anteriores, TS 832/2018, seguida por las SSTs 95/2021 y 571/2021 y que acrisola una doctrina de importancia insoslayable en el día a día de las pequeñas y medianas empresas.

La obligación de contar con planes de igualdad en las empresas con 50 o más trabajadores/as (art.45.2 LOIMH), y la imposición de sanciones administrativas por falta muy grave a las que incumplan dicha obligación (art.8.17 LISOS), diferencia los supuestos de falta de plan de igualdad por carencia de RLT o representación sindical de los supuestos de falta de constitución de la comisión negociadora de los convenios

colectivos. No hay ninguna obligación empresarial de contar con un convenio colectivo, pero sí de contar con un plan de igualdad. Ello supone que haya que ponderar la posibilidad de registro de planes de igualdad unilateralmente elaborados por la empresa, en aquellas situaciones excepcionales, como la que nos ocupa, en que tras reiterados intentos no se ha logrado constituir la comisión negociadora por causas absolutamente ajenas a la empresa.

La sentencia resulta enormemente respetuosa con el derecho a la negociación colectiva (art.37 CE) , de forma que, si bien admite el registro del PIE no negociado, reduce dicha posibilidad a supuestos excepcionales en que resulte acreditadamente infructuoso el intento por parte de la empresa de constituir la comisión negociadora, sea por causas completamente ajenas a la misma, y, lo que es más importante, el registro y validez del plan quedará limitado de forma provisional en el tiempo, de forma que la ulterior -y deseable- negociación del plan por parte del banco social, permitirá la inscripción del nuevo plan que desplazará al provisional.

En suma, una sentencia que logra cohonestar las diversas obligaciones empresariales, introduciendo seguridad jurídica y evitando sanciones por circunstancias ajenas a la voluntad y conducta empresarial y todo ello con pleno respeto al derecho fundamental a la negociación colectiva, que se ve limitado para satisfacer un fin constitucionalmente legítimo (la igualdad de género), de forma idónea, necesaria y proporcionada, pues dicho derecho se limita sólo cuando no hay otro medio menos intrusivo y de forma temporalmente provisional.

§ 48 El recurso de revisión al hilo de la concurrencia de beneficiarios de la pensión de viudedad.

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social (TSJ de Madrid).

Resumen: *En la sentencia anotada analizaremos los requisitos y alcance del recurso de revisión anudado a un procedimiento de seguridad social, donde la concurrencia de beneficiarios determina el análisis del alcance del artículo 220 de la LGSS relativo al reconocimiento de pensión de viudedad en los casos de crisis matrimonial.*

Palabras clave: *Recurso de revisión. Legitimación. Maquinación fraudulenta. Aportación de documentos.*

Abstract: *In the annotated judgment we will analyze the requirements and scope of the appeal for review at the end of a social security procedure, where the concurrence of beneficiaries determines the analysis of the scope of article 220 of the LGSS.*

Keywords: *Appeal for review. Legitimation. Fraudulent machination. Submission of documents.*

I. Introducción

La seguridad jurídica es garantía proclamada constitucionalmente e implica, entre otras cosas, la invariabilidad de las resoluciones judiciales una vez hayan ganado firmeza. Sin embargo, este derecho no se configura con carácter absoluto previendo el legislador ordinario escenarios excepcionales en los que cabe combatir lo que así ha sido declarado cuando dicha realidad y los derechos en su caso reconocidos colisionen con el derecho constitucionalmente protegido de tutela judicial efectiva de un tercero. Uno de tales cauces es el extraordinario recurso de revisión que trata de garantizar una adecuada, legítima y respetuosa actuación procesal, admitiendo reparar menoscabos para los derechos de los justiciables derivados de escenarios de fuerza mayor, o de actuaciones ilegítimas de alguna de las partes.

La sentencia que comentamos, al hilo de un procedimiento de seguridad social, compila y analiza la doctrina de la Sala Cuarta acerca de la institución que nos ocupa, recordando los pilares básicos de la institución y los intereses y derechos en juego.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 567/2024, de 24 de abril.

Tipo y número de procedimiento: Demanda de revisión núm. 6/2023.

ECLI:ES:TS 2024:2077

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio V. Sempere Navarro

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Analizamos en esta ocasión la sentencia dictada por la Sala Cuarta más arriba referenciada en la que se aborda el recurso de revisión entablado contra la Sentencia firme dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 8 de noviembre de 2021 en RSU.495/2021. En dicha resolución, revoca la Sala territorial la sentencia dictada el 6 de mayo de 2021 por el Juzgado de lo Social número de 2 de Móstoles en procedimiento de Seguridad Social, cuyos hechos más relevantes son los siguientes:

- La demandante interesa le sea reconocida pensión de viudedad tras el fallecimiento de su exesposo en junio de 2020.
- El causante estuvo previamente casado con la actora desde 1969 hasta mayo de 1997, cuando recae sentencia de divorcio. Posteriormente el finado contrajo nuevas nupcias.
- En la sentencia de divorcio se fija una pensión compensatoria a favor de la exesposa por importe de 20.000 pesetas mensuales.
- La exesposa era perceptora de pensión de IPA al tiempo del óbito, motivo por el cual la entidad gestora, al tiempo solicitar ésta el reconocimiento de la pensión de viudedad, le indicó que habría de optar por una de las dos pensiones al ser el percibo de ambas incompatible.
- A la segunda esposa del causante se le reconoció pensión de viudedad.

El Juzgado de lo Social desestimó la demanda entablada por la exesposa del causante argumentando que no había acreditado el percibo real por ésta de la pensión compensatoria fijada en sentencia de divorcio; siendo revocada tal resolución por el Tribunal de segundo grado que, aplicando la doctrina de la Sala Cuarta sentada en torno a la suficiencia del reconocimiento del derecho y no del efectivo abono de la pensión compensatoria en los casos de crisis matrimonial, reconoce la prestación interesada.

En ejecución de dicha resolución, el INSS comunicó a la viuda la reducción del importe de la pensión que hasta ese momento venía percibiendo, la cual dejaba de tener una extensión íntegra para quedar en un 78,78% atendiendo a los límites legales de concurrencia de beneficiarias.

Es frente a esta decisión cuando la viuda del causante interpone demanda de revisión.

IV. Posición de las partes

Alega la viuda en su demanda de revisión la presencia de maquinación fraudulenta por parte de la exesposa de su marido fallecido, pues consta escritura notarial de liquidación de la sociedad de gananciales de fecha 5 de septiembre de 1997 en la que, entre otras disposiciones, el exesposo entregaba a su exmujer la cantidad de cuatro millones de pesetas renunciando ésta a la pensión compensatoria.

Se opone la exesposa del finado a la estimación del recurso razonando que, si bien es cierta la existencia de la referida escritura, al no haber sido ratificada judicialmente carece de eficacia jurídica alguna para causar efectos en el procedimiento de divorcio. Añade, que dicha renuncia se refiere al proceso de separación, que no de divorcio, pues de haber existido se hubiera generado una situación de desequilibrio para la

actora, negando la presencia de ánimo espurio alguno en la no aportación del documento, pues a su juicio carecía de relevancia alguno en el proceso de Seguridad Social.

El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso de revisión al no revestir la escritura un carácter decisivo para la resolución del proceso, al haber sido reconocida la pensión en virtud de la DT 13 de la LGSS que no precisa de la condición de acreedor de la pensión compensatoria.

V. Normativa aplicable al caso

La Sala analiza e interpreta en la sentencia anotada los siguientes preceptos:

- Artículo 236.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en cuya virtud *“Contra cualquier sentencia firme dictada por los órganos del orden jurisdiccional social y contra los laudos arbitrales firmes sobre materias objeto de conocimiento del orden social, procederá la revisión prevista en la Ley 1/2000, de 7 de enero, por los motivos de su artículo 510 y por el regulado en el apartado 3 del artículo 86 de la presente ley. La revisión se solicitará ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.*

En la revisión no se celebrará vista, salvo que así lo acuerde el tribunal o cuando deba practicarse prueba. En caso de condena en costas se estará a lo previsto en el artículo anterior y el depósito para recurrir tendrá la cuantía que en la presente ley se señala para los recursos de casación.

La revisión se inadmitirá de no concurrir los requisitos y presupuestos procesales exigibles o de no haberse agotado previamente los recursos jurisdiccionales que la ley prevé para que la sentencia pueda considerarse firme; así como, si se formula por los mismos motivos que hubieran podido plantearse, de concurrir los presupuestos para ello, en el incidente de nulidad de actuaciones regulado en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial o mediante la audiencia al demandado rebelde establecida en el artículo 185 de la presente ley, o cuando, planteados aquéllos, los referidos motivos hubieren sido desestimados por resolución firme.

En los supuestos del apartado 2 del artículo 510 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, salvo en aquellos procedimientos en que alguna de las partes esté representada y defendida por el Abogado del Estado, el letrado o letrada de la Administración de Justicia dará traslado a la Abogacía General del Estado de la presentación de la demanda de revisión, así como de la decisión sobre su admisión. La Abogacía del Estado podrá intervenir, sin tener la condición de parte, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, mediante la aportación de información o presentación de observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la ejecución de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El letrado o letrada de la Administración de Justicia notificará igualmente la decisión de la revisión a la Abogacía General del Estado. Del mismo modo, en caso de estimarse la revisión, los letrados y las letradas de la Administración de Justicia de los tribunales correspondientes informarán a la Abogacía General del Estado de las principales actuaciones que se lleven a cabo como consecuencia de la revisión”.

- Artículo 510. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que enuncia los motivos que legitiman para revisar una sentencia firme, a saber *“habrá lugar a la revisión de una sentencia firme:*

1.º Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer 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 declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declare después penalmente.

3.º Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.

4.º Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta”.

VI. Doctrina básica

La sentencia comentada trata cuestiones de muy distinta índole. Para empezar, aborda la naturaleza excepcional del recurso, recopilando la doctrina constitucional y de la Sala Cuarta sentada al respecto, rememorando los presupuestos procesales que han de concurrir para su admisión a trámite (agotamiento de recursos, plazo de presentación y legitimación).

A continuación, analiza el Alto Tribunal el concreto motivo de revisión aducido por la demandante (la recuperación de documentos y la maquinación fraudulenta como causa de revisión); para terminar examinando de manera pormenorizada la aplicación de dicha doctrina al singular caso que les ocupa.

VII. Parte dispositiva

Atendiendo a lo expuesto, la Sala estima el recurso de revisión interpuesto por la viuda, acordando la rescisión de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid así como de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, acordado la devolución de los autos a este último.

VIII. Pasajes decisivos

Concentra el Tribunal sus razonamientos jurídicos más relevantes en los fundamentos de derechos tercero a quinto, donde sintetiza su doctrina unificada sobre las cuestiones que se tratan.

IX. Comentario

1. Cuestiones procesales

No son muy numerosas las sentencias dictadas por nuestro Alto Tribunal en el seno del procedimiento que nos ocupa, pues han de reunirse presupuestos que el normal funcionamiento de la Administración de Justicia han de tratar de evitar. No podemos olvidar que el recurso de revisión se configura por el legislador como un mecanismo excepcional que permite reconsiderar lo juzgado y sentenciado con carácter firme, por existir circunstancias extraordinarias que han determinado la creación de una resolución judicial manifiestamente injusta. Basta para ello analizar las causas enumeradas en el artículo 510.1 de la LEC que se refieren a ilegítimas actuaciones procesales, condenas por delitos de falso testimonio, o la presencia de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.

De entre todas las cuestiones procesales que examina la Sala la que a nuestro juicio reviste de una mayor trascendencia es la relativa a la legitimación de quien demanda en revisión, pues no debemos de olvidar que el primer inciso del artículo 511 de la LEC dispone que sólo podrá solicitar la revisión quien hubiere sido parte perjudicada por la sentencia firme impugnada; la cuestión, por tanto, reside en determinar qué se ha de entender por parte perjudicada: ¿sólo a quien siendo parte en el proceso vio rechazada su posición por concurrencia de alguna de las circunstancias a que nos hemos referido? ¿o también quien no fue parte precisamente por mor de dichas actitudes?

A estas incógnitas responde la Sala conectando el contenido del precitado artículo 511 de la LEC con lo dispuesto en el artículo 13 del mismo cuerpo legal que regula la intervención de terceros en el procedimiento. La Sala concluye que en presente caso la viuda del causante acredita sin lugar a duda tener el interés directo y legítimo en el resultado del pleito, pero se encuentra con el límite temporal contenido en el artículo

13.1 de la LEC que permite la intervención de terceros “mientras se encuentre pendiente el proceso”, circunstancia que no concurre en un supuesto como el que nos ocupa, en que la sentencia que se trata de revisar es firme.

Salva el Tribunal esta circunstancia acudiendo a criterios interpretativos lógicos y acordes con los mandatos constitucionales, pues concluye que acudir a una interpretación literal y rigurosa, rechazando la legitimación para demandar en revisión de quien no fue parte pero debió de serlo (como sucede en el caso que nos ocupa) sólo perpetuaría una grave anomalía del funcionamiento de la Administración de Justicia y de las normas procesales, añadiendo que lo que se ventila tiene naturaleza prestacional, estando sustraída del principio dispositivo dado el interés público de la materia, estando por tanto directamente unido al principio de tutela judicial efectiva.

2. Motivos de revisión

Centra el Tribunal el segundo bloque de su argumentación jurídica en el análisis de la concreta causa de revisión aducida por la demandante: la recuperación de documentos y la maquinación fraudulenta. Respecto del primero recopila la Sala su doctrina acerca de los requisitos que han de concurrir para apreciar su concurrencia, a saber: que se trate de documentos que ya existiendo, son recuperados después del dictado de la sentencia firme; que los mismos haya sido retenidos lejos del poder que la parte bien por fuerza mayor o por la contraparte a quien beneficiaba que permanecieran extramuros del procedimiento; y que sean decisivos para el fondo del asunto^[1].

En el caso concreto razona la Sala que en la escritura notarial de liquidación de la sociedad de gananciales (que como no puede ser de otra manera se encontraba en poder de la ex cónyuge del causante al tiempo de interponer su demanda) se contenían una serie de pactos entre el ex matrimonio, entre los cuales se encontraba la renuncia de la ex consorte a la pensión compensatoria. Teniendo en cuenta la plena validez del pacto inter partes pese a no encontrarse homologado judicialmente^[2]; así como que el nudo argumental de la *ratio decidendi* de la Sala Territorial se depositó sobre la circunstancia de existir tal compensación económica fijada judicialmente en sentencia, así como en la doctrina que interpreta el peso que sobre el reconocimiento de acreedora de la misma; la Sala Cuarta concluye que la ex cónyuge actuó para ocultar la existencia del documento, conduciendo a la Sala de segundo grado a un convicción errónea que resultó decisiva para la resolución del recurso, con ausencia además de la parte a quien podría perjudicar tal proceder^[3].

X. Apunte final

Como anticipábamos son distintos los bienes susceptibles de ser protegidos por el Estado y su ordenamiento jurídico, pudiendo entrar en colisión unos con otros en ciertas ocasiones. Una de ellas se produce en casos como el que nos ocupa, donde la garantía de seguridad jurídica e invariabilidad de las resoluciones firmes (garantizado por el artículo 9.3 de la CE, 214 de la LEC y 267 de la LOPJ) entra en confrontación con el derecho fundamental de tutela judicial efectiva de quien debiendo haber sido parte en un procedimiento, sufre los perjuicios que de la resolución judicial se derivan; pero es más, tal menoscabo no sólo se genera por la falta de llamamiento al procedimiento, sino de la actuación ocultista e ilegítima de una de las partes sí personadas^[4].

El recurso extraordinario de revisión se muestra como un instrumento capaz de salvaguardar los derechos de los justiciables frente a un eventual funcionamiento anormal de la administración de justicia; si bien basta examinar la doctrina jurisprudencial para poder colegir su carácter residual, lo cual evidencia que, si bien en ciertos casos se producen estos resultados patológicos, la mayor parte de las relaciones que los ciudadanos mantienen con la jurisdicción se desenvuelve en un entorno respetuoso con las garantías constitucional y legalmente declaradas.

Referencias:

1. [^] En este sentido conviene consultar la nutrida doctrina de la Sala a este respecto sentada entre otras en SSTS de 31 de enero de 2011, rev.5/2010; de 16 de enero de 2013, rev.9/2012; de 9 de marzo de 2019, rev.48/2017; de 16 de junio de 1992, rev.1525/1991; de 24 de marzo de 1993, rev.125/1992; de 14 de diciembre de 1993, rev.415/1992; de 31 de mayo de 2005, rev.13/2005; de 31 de enero de 2006, rev.44/2004; de 5 de diciembre de 2006, rev.28/2005; de 24 de octubre de 2007, rev.22/2006; de 24 de octubre de 2007, rev.19/2006; de 22 de abril de 2009, rev.19/2008; de 20 de octubre de 2009, rev.4/2008; 815/2018, de 11 de septiembre, rev.20/2017; 224/2024, de 4 de febrero, rev.19/2022; ó 36/2020 de 16 de enero, rev.33/2018)
2. [^] Así, STS de 10 de noviembre de 2014, rcud.80/2014 que recopila la jurisprudencial civil que reconoce plena eficacia inter partes a los pactos suscritos entre los cónyuges aunque carezcan de sanción judicial.
3. [^] Sobre esta específica causa de revisión: Víctor Manuel Moreno Catena Recurso de revisión. Maquinaciones fraudulentas Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, Nº 1, 1983, págs. 35-42.
4. [^] Sobre la naturaleza y alcance del recurso de revisión podemos acudir a Bartolomé Ríos Salmerón y Antonio Vicente Sempere Navarro "Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral" págs. 383-394. SEMPERE NAVARRO, A.V. "El recurso" de revisión Revista española de derecho del trabajo, ISSN 2444-3476, Nº.273, 2024, págs. 13-32

- § 49 Realizar una actividad de recreo durante la situación de IT por enfermedad común no es sancionable con el despido disciplinario si no perjudica su recuperación.

Belén García Romero

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

Resumen: Despido disciplinario de trabajadora en situación de IT por crisis de ansiedad. La trabajadora sufrió una crisis de ansiedad durante la jornada laboral, abandonando el puesto de trabajo y acudiendo al servicio de urgencias hospitalarias. La trabajadora causa situación de IT derivada de enfermedad común, y ese mismo día, por la noche, acude como público a un concierto de música, donde cantó y bailó. El acto de acudir a un concierto musical la noche previa a la baja médica otorgada por enfermedad común y el tratamiento prescrito, no perjudica su salud.

Palabras clave: Despido disciplinario. Incapacidad temporal. Trastorno psíquico. Transgresión buena fe.

Abstract: Disciplinary dismissal of a worker on TD due to an anxiety crisis. The worker suffered an anxiety crisis during the working day, leaving her job and going to the hospital emergency department. The worker was on sick leave due to a common illness, and that same day, in the evening, she attended a music concert as an audience member, where she sang and danced. The act of attending a music concert the night before the medical leave granted for common illness and the prescribed treatment did not harm her health.

Keywords: Disciplinary dismissal. Temporary disability. Mental disorder. Breach of good faith.

I. Introducción

La Sala de lo Social del TSJ de Cantabria resuelve un recurso de suplicación interpuesto por la empresa Mercadona S.A., contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 5 de Santander de 9 de enero de 2024, que declaró improcedente el despido disciplinario de una trabajadora por una pretendida vulneración de los principios de buena fe contractual y abuso de confianza, por no acudir a su puesto de trabajo el sábado 10 de enero de 2024, pese a haber asistido la noche anterior a un concierto musical en el que cantó y bailó cuando se encontraba en situación de baja por IT derivada de enfermedad común, declarada tras abandonar el día anterior su puesto de trabajo por trastorno de crisis de ansiedad que se había manifestado durante la jornada laboral de trabajo.

Para resolver el debate sobre la procedencia del despido disciplinario, la sentencia acude a los criterios jurisprudenciales que, en aplicación de la llamada doctrina gradualista, autorizan a ponderar las circunstancias concretas presentes en

actividades realizadas durante los procesos de baja médica en atención a factores tales como la naturaleza de las dolencias padecidas y su compatibilidad o no, con la realización de actividad imputada.

Al tratarse en este caso de una dolencia psíquica- crisis de ansiedad- se valora tanto si hubo simulación de enfermedad, como, muy especialmente, si la actividad realizada perjudica o no en su recuperación a la trabajadora, dado que en este tipo de dolencias como la depresión y la ansiedad es recomendable, además del tratamiento profesional del trastorno, salir y no aislarse, realizar actividad física, participar en actividades lúdicas, etc.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 291/2024, de 12 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de suplicación núm. 171/2024.

ECLI:ES:TSJCANT:2024:271.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Fernández García

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

El principal problema que se plantea es si ha habido vulneración de los principios de buena fe contractual y confianza que justifique el despido disciplinario de la trabajadora por no acudir a su puesto de trabajo al día siguiente de haber asistido en la noche anterior a un concierto musical estando en situación de IT declarada tras haber abandonado su puesto de trabajo ese mismo día por sufrir un trastorno de ansiedad -con lloros- durante la jornada laboral.

2. Hechos y antecedentes

Una trabajadora de la empresa MERCADONA, SA., con categoría profesional de Gerente A, en el departamento de carnicería, recibe una carta de despido disciplinario en la que le imputan los siguientes hechos:

- Que el viernes 9 de junio de 2023, la trabajadora se sintió indispuesta al poco tiempo de iniciar su jornada laboral con una crisis de ansiedad y lloros y la empresa le permitió abandonar su puesto de trabajo y acudir al médico y causó baja por IT derivada de enfermedad común, informando de ello a los responsables de su centro de trabajo.
- Que esa misma noche acudió a un concierto musical donde cantó y bailó.
- Que al día siguiente- sábado 10 de junio- debía trabajar, pero no se presentó a su puesto de trabajo, circunstancia que no extrañó inicialmente a la empresa, hasta que tuvo conocimiento de que había acudido al concierto por la foto publicada en el periódico.

La trabajadora presenta papeleta de conciliación, con resultado de “sin avenencia”, tras lo cual interpone demanda por despido contra la empresa.

El Juzgado de lo Social Núm. 5 de Santander estima la demanda y declara improcedente el despido, condenando a la empresa a que abone a la trabajadora la cantidad correspondiente en concepto de indemnización.

La trabajadora venía manteniendo desde hacía tiempo una situación de ansiedad/depresión (prueba testifical).

Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, siendo impugnado por la parte contraria.

IV. Posición de las partes

La parte recurrente- la Empresa MERCADONA, S.A.- considera que la actuación de la trabajadora es fraudulenta y desleal, simulando la IT para acudir a un concierto y justificar su ausencia al trabajo ese día y el siguiente, realizando actividades incompatibles con el estado que pretende de salud, pues los requerimientos de la actividad laboral no son mayores que cantar o bailar. Por ello, solicita la revocación de la sentencia recurrida y su absolución de las pretensiones deducidas en su contra.

La parte recurrida impugna el recurso.

V. Normativa aplicable al caso

La parte recurrente pretende la infracción en la instancia de lo establecido en los artículos 33 c).1, 3 y 8 del Convenio Colectivo de empresa aplicable, con relación a los artículos 54.1 y 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores.

Convenio Colectivo de MERCADONA, SA: Art. 33:

- 1.c): *“Constituyen faltas muy graves, sancionables con despido, el fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, así como el trato con las personas del trabajo o cualquier persona del servicio de la empresa con relación al trabajo de ésta”.*
- 3: *“La verificación de graves incumplimientos de las obligaciones y deberes laborales, aplicando la empresa el régimen disciplinario en la medida que corresponda”.*
- 8: *“La simulación de enfermedad o accidente, así como realizar actividades que perjudiquen la recuperación de la IT”.*

Estatuto de los Trabajadores: Art. 54 despido disciplinario:

- 1: *El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.*
- 2. *Se considerarán incumplimientos contractuales:*

d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

VI. Doctrina básica

Siendo la cuestión esencial objeto de debate determinar si la conducta de la trabajadora es merecedora de la máxima sanción laboral, por presunta transgresión de la buena fe contractual, la Sala aplica la llamada doctrina gradualista, de acuerdo con la cual, en el enjuiciamiento del despido disciplinario debe buscarse la necesaria proporción entre la infracción y la sanción, y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso. De ahí que deban analizarse todas las circunstancias concurrentes en cada supuesto de hecho, y especialmente la existencia de gravedad y culpabilidad en las faltas imputadas, exigiéndose en el caso del despido la prueba plena de una acción u omisión del trabajador que sea grave, culpable y tipificada por la normativa laboral.

VII. Parte dispositiva

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

Desestimamos el recurso de Suplicación formulado por MERCADONA S.A., frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social número Cinco de Santander de fecha 9 de enero de 2024 (proc. 538/2023), en virtud de demanda instada por D.ª Fermina contra la empresa recurrente, en reclamación de despido y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida. Se imponen a la parte recurrente costas en la cuantía de 850 € - IVA incluido-, concepto de honorarios de letrado de la parte impugnante del recurso. Pásense las actuaciones al Sr. Letrado de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la sentencia. Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma

VIII. Pasajes decisivos

Los pasajes decisivos se recogen en el Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia.

(...)

Condición determinante para valorar la justificación y proporcionalidad del despido disciplinario de trabajadores en situación de baja por enfermedad, es la repercusión que en la evolución o curación del proceso patológico puedan tener las actividades desarrolladas por los trabajadores durante ese período.

En principio, la realización de trabajos cuando el trabajador se halla en situación de incapacidad laboral, constituye una violación del principio de la buena fe contractual, como así lo concluye el Convenio aplicable en interpretación de la previsión del art. 54.2.d) ET. Pero, tal conducta, como cualquier otra, ha de ser valorada, de modo que, únicamente la que merezca la calificación de falta muy grave será la determinante de la procedencia del despido. Y para esa calificación los matices diferenciales entre uno y otro supuesto son fundamentales.

La sanción de despido, por su trascendencia y gravedad en cuanto supone la expulsión del trabajador de la empresa laboral de la que forma parte, ha de responder a la exigencia de proporcionalidad y adecuación entre el hecho cometido y la sanción impuesta, debiéndose tener en cuenta, además, las circunstancias concurrentes.

(...) el enjuiciamiento del despido disciplinario debe abordarse de forma gradualista, buscando la necesaria proporción entre la infracción y la sanción, y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto. La jurisprudencia en interpretación del artículo 54.2.d) del ET, ha puesto de manifiesto que la realización de actividades laborales, por cuenta propia o ajena, y no laborales o de recreo, durante la situación de incapacidad temporal, con relación a la causa establecida convencionalmente como falta muy grave en la empresa recurrente, constituye una clara transgresión de la buena fe contractual (...).

Pero, también, ha puesto de relieve la misma jurisprudencia citada, que no toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad laboral transitoria es sancionable con el despido, sino sólo aquella que, a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencie la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa; por lo que es obligado valorar las circunstancias especiales concurrentes en cada supuesto, llevando a cabo a tal fin un examen individualizador de la conducta del trabajador.

IX. Comentario

La Sala de lo Social del TSJ de Cantabria aplica la doctrina gradualista a la cuestión de la transgresión de la buena fe contractual como fundamento de la acción disciplinaria cuestionada contenida en diversas resoluciones del Tribunal Supremo^[1], en las que se concluye que para valorar la justificación y proporcionalidad del despido disciplinario de trabajadores en situación de baja por enfermedad debe ponderarse, necesariamente, la patología diagnosticada al trabajador, la naturaleza del trabajo o actividad y la repercusión que en la evolución o curación del proceso patológico

puedan tener las actividades desarrolladas por los trabajadores durante ese periodo, para comprobar si la actividad desarrollada en situación de IT perturba o demora la curación del trabajador o evidencia la aptitud laboral de este.

La jurisprudencia en interpretación del artículo 54.2.d) del ET ha señalado que, en principio, la realización de actividades laborales, por cuenta propia o ajena, y no laborales o de recreo, durante la situación de incapacidad temporal constituye una violación del principio de buena fe contractual, como se infiere del convenio colectivo aplicable que lo califica de falta muy grave, en interpretación de lo previsto en el artículo 54.2.d) ET. Pero tal conducta debe ser valorada a efectos de su calificación como muy grave para que el despido sea procedente. Para dicha calificación los matices entre los supuestos son fundamentales.

Para la Sala de suplicación, el tribunal de instancia aplicó correctamente la doctrina gradualista en la valoración de los hechos, al estimar de un lado, que la actora no llevó a cabo ninguna actividad general contraindicada con las dolencias psíquicas padecidas, como es el caso de una crisis de ansiedad, para las que resulta beneficioso actuar con otros y no aislarse, y, de otro lado, durante el concierto no realizó ningún proceder que pudiera entenderse como contraindicado a su situación psíquica.

En otras palabras, su actuación consistente en asistir y participar en un concierto no resulta incompatible con su baja por depresión/ansiedad y tratamiento, ni evidencia que estaba en condiciones de trabajar al día siguiente, con sus correspondientes exigencias profesionales de entidad muy diferente a asistir a un concierto.

En efecto, y frente a lo argumentado por la empresa - que los requerimientos de su actividad laboral no son mayores que los de cantar y bailar en el concierto, donde se puso de manifiesto su aptitud física y psíquica- la Sala de suplicación, al igual que el Juzgado de lo social, pone de manifiesto que no es equiparable, en cuanto a la capacidad para atender a las funciones esenciales de su trabajo como gerente A, en el departamento de carnicería, del centro de venta de la empresa recurrente que la emplea, con la necesaria atención, responsabilidad, productividad y rendimiento del trabajo retribuido.

No consta que se prescriba por el facultativo reposo absoluto de la enferma. Además, la actividad se realiza en un entorno alejado del estrés inherente al ambiente laboral al que su enfermedad o estado anímico reaccionó el día anterior.

En definitiva, el TSJ de Cantabria concluye que no se ha producido ningún incumplimiento grave y culpable de las obligaciones laborales de la trabajadora por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño de su trabajo, al no haberse probado por la empresa recurrente la simulación de la enfermedad, ni que la actividad realizada durante la situación de IT perturba su recuperación o evidencia la aptitud laboral de la trabajadora. En consecuencia, desestima el recurso planteado y confirma la sentencia de instancia

X. Apunte final

Comparto el criterio general de la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria contenido en la sentencia comentada de que "no toda actividad desarrollada durante la situación de IT es sancionable con el despido, sino solo aquella que, a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencia la aptitud laboral de este.

En este sentido, no puede desconocerse que existe una enorme casuística derivada de la sustancial y diferenciada individualidad del sujeto que en cada caso resulta afectado por una incapacidad temporal. No son comparables las dolencias físicas y las psíquicas para determinar las actividades compatibles con la situación de baja laboral. Dentro de las enfermedades de tipo físico también debe atenderse a las circunstancias de cada caso y a las prescripciones médicas (desde reposo absoluto a realizar actividades de distinta intensidad como caminar, nadar, etc., encaminadas a la

recuperación funcional, por ejemplo). Y es cierto que, en las bajas por ansiedad o depresión, la mera observación de condiciones normales, el mero alejamiento del entorno laboral que provoca crisis de ansiedad o realizar actividades recreativas o lúdicas no implican necesariamente que el trabajador esté cometiendo fraude, simulando una dolencia inexistente ni tampoco pueden considerarse contraproducentes para la recuperación.

Referencias:

1. ^ Auto de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 15-9-2005 (rec. 5119/2004), sentencia de 25-3-2002 (rec. 1292/2001), de 24 de julio de 1990 (RJ 1990/6465) y 4 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3960), entre otras.

§ 50 Indemnización adicional por daños y perjuicios en despido sin causa y exigüidad de la indemnización legal tasada. Y sobre la aplicación directa del artículo 24 de la Carta Social Europea (revisada) y la orfandad del arbitrio judicial en la fijación de la indemnización adecuada por despido inválido.

María Emilia Casas Baamonde

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

Resumen: La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco se enfrenta a un despido sin causa alguna de un trabajador, que le ocasiona gravísimos perjuicios, pues para celebrar el contrato ilegalmente resuelto por el Ayuntamiento, aceptando su oferta, hubo de renunciar previamente a un anterior contrato indefinido, correspondiéndole, en cambio, una exigua indemnización legal tasada de 493,49 €, ya que el contrato extinguido apenas duró un mes. La sentencia fija una indemnización adicional de 30.000 € por los salarios del año mínimo de trabajo contratado y dejados de percibir por el trabajador por su despido injustificado (lucro cesante). La sentencia se sirve del control de convencionalidad para determinar la aplicabilidad directa en nuestro ordenamiento del artículo 24 de la Carta Social Europea (revisada) y del derecho que reconoce a los trabajadores despedidos sin razón válida “a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”, que no desplaza la aplicación del artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, pero obliga a completarla con esa indemnización adecuada o reparación apropiada, que, hasta que el precepto legal se reforme, han de fijar los órganos judiciales. En el caso, atendiendo al sentido interpretativo de la cláusula general sostenido por Comité Europeo de Derecho Sociales.

Palabras clave: Despido. Falta de causa. Perjuicios. Indemnización adecuada. Carta Social Europea (revisada). Control de convencionalidad. Comité Europeo de Derechos Sociales.

Abstract: The ruling of the Social Chamber of the TSJ of the Basque Country faces a dismissal without cause of a worker, which causes him very serious damages, since in order to celebrate the contract illegally terminated by the City Council, accepting its offer, he had to previously resign. to a previous indefinite contract, corresponding, however, to a meager legal compensation assessed at €493.49, since the terminated contract barely lasted a month. The ruling establishes an additional compensation of €30,000 for the wages of the minimum year of contracted work and not received by the worker due to his unjustified dismissal (lost profits). The ruling uses the conventionality control to determine the direct applicability in our system of article 24 of the European Social Charter (revised) and the right that recognizes workers dismissed without valid reason “to adequate compensation or other appropriate reparation”, which does not

displace the application of article 56.1 of the Workers' Statute, but requires it to be completed with adequate compensation or appropriate reparation, which, until the legal provision is reformed, must be established by the judicial bodies. In the case, taking into account the interpretative meaning of the general clause maintained by the European Committee of Social Law.

Keywords: Dismissal. Lack of cause. Damages. Adequate compensation. European Social Charter (revised). Conventionality control. European Committee of Social Rights.

I. Introducción

La sentencia centra su interés en que ejemplariza el problema principal del debate judicial, y doctrinal, actual sobre el derecho a la protección del trabajador frente a su despido injustificado y el reconocimiento judicial de una indemnización por daños y perjuicios, adicional a la legalmente prevista y topada en el art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET). El debate doctrinal alcanzó gran efervescencia en los pasados meses de abril y mayo^[1], a raíz de la información publicada por distintos medios de comunicación a propósito de la decisión del Comité de Expertos Independientes, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), sobre la reclamación de UGT frente a la indemnización tasada y topada por despido improcedente del citado artículo 56.1 ET, en el sentido de que no garantiza la aplicación satisfactoria del art. 24 de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, tratado internacional ratificado por España, en vigor en nuestro ordenamiento desde el 1 de julio de 2021 (BOE de 11 de junio de 2021). El art. 24 de la Carta (revisada) reconoce el derecho a protección en caso de despido y, dentro de ese derecho, el “de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada” [apdo. b)]. La decisión del CEDS, aprobada entre el 18 y el 22 de marzo de 2024, se hará pública en el plazo de 4 meses desde su remisión al Consejo de Ministros del Consejo de Europa, según dispone el art. 8.2 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995, también ratificado por España, y aplicable desde el 1 de julio de 2021 (BOE de 28 de junio de 2021).

La sentencia aborda un despido cuya ilegitimidad o antijuridicidad es clamorosa, pues carece de causa, debiéndose la voluntad resolutoria del empleador, una Administración pública para mayor ilegalidad que ha de actuar “con sometimiento pleno a la ley y al Derecho” (art. 103.1 CE), a su mera discreción, a su sola y libre voluntad, que ocasiona al trabajador despedido gravísimos perjuicios, pues había renunciado a un anterior contrato de trabajo indefinido para atender la oferta del Ayuntamiento demandado, recurrente en suplicación, con el que había celebrado un contrato temporal de interinidad de, al menos, un año, y de tres años, como máximo, hasta la cobertura regular de la vacante. En contraposición a la entidad de los perjuicios para el trabajador despedido, la calificación judicial de su despido como improcedente arroja una indemnización tan exigua, el prorrateo de los 33 días de salario por año de servicio al apenas mes de servicio del trabajador para la Administración municipal (art. 56.1 ET), que tanto la sentencia de instancia, como la de suplicación que la confirma, indagan en nuestro ordenamiento jurídico, del que forma parte la Carta Social Europea (revisada), y su art. 24, desde su publicación oficial, la existencia de otra vía, además de la predeterminada del art. 56.1 ET, para satisfacer el resarcimiento suficiente de los daños procesalmente acreditados del trabajador despedido y no contemplados en la indemnización legal baremada y desconectada de los perjuicios reales con que el ET atiende a la improcedencia de fondo del despido y para disuadir a los empleadores de incurrir en estos comportamientos abiertamente ilegales.

Naturalmente, la sentencia construye su espacio de decisión, que rompe con el anterior criterio decisorio de la Sala de lo Social del País Vasco contrario a fijar otra indemnización distinta a la legalmente predeterminada, que cumple las exigencias del art. 10 del C. 158 OIT y 24 de la CSE (revisada), con la institución del control judicial de convencionalidad. E invita a la reflexión sobre el valor de los instrumentos convencionales de derechos y de las interpretaciones de sus órganos de garantía en un mundo interconexado y global, así como sobre la necesidad de unificación jurisprudencial y de reforma legal de estos despidos abiertamente injustificados en que su sistema indemnizatorio baremado no se limita sólo por su doble cómputo tasado mas alto -el inveteradamente mal resuelto problema del coste del despido sin causa-, sino por la irrisoria cantidad de su escalón mas bajo, que en teoría, y en la práctica, permite la gestión empresarial de las relaciones laborales temporales e indefinidas con la mas arbitraria temporalidad, entre otras cuestiones que merecen reseñarse. Lo más destacable es, con todo, la realidad del caso de despido sin causa e ilegítimo que enjuicia la sentencia y el radical desajuste de sus prejuicios para el trabajador a la regulación indemnizatoria estatutaria, que expresa la consideración por el legislador español de la "adecuación" de la indemnización, sin que, precisamente por su carácter predeterminado y objetivo, se haya de probar daño o perjuicio alguno derivado del ilegal actuar empresarial, sino que la indemnización legalmente "adecuada" corresponde en todos los casos, con independencia de las circunstancias particulares de cada uno de ellos.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1040/2024, de 23 de abril.

Tipo y número de recurso o procedimiento: recurso de suplicación núm. 502/2024.

ECLI:ES:TSJPV:2024:75

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Fernando Mª Breñosa Álvarez de Miranda

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema suscitado, implícitamente, es si la calificación de improcedente se aviene a un despido en el que, no ya no "ha quedado acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación" (art. 55.4 ET), ni causa empresarial alguna (art. 53.4.4º ET), sino que ni siquiera se ha alegado causa, sino verbalmente error en la contratación, contraviniendo el empleador de forma radical la causalidad del despido. Y, explícitamente, si, frente a ese despido sin causa y a la pérdida d su trabajo, el derecho del trabajador a una reparación, que no está legalmente configurada como una "*restitutio in integrum*", sino con carácter automático y objetivo, desvinculado de los perjuicios reales ocasionados pero que expresa la exigencia de adecuación en la valoración del legislador español, se satisface con la cantidad de 493,49 €.

1. Hechos

Según los probados de la sentencia de instancia, el trabajador venía prestando servicios para una empresa en virtud de un contrato de trabajo indefinido desde el 1 de marzo de 2021.

Tras participar en el proceso selectivo convocado por el Ayuntamiento de Oñati, y habiendo quedado incluido en la bolsa de trabajo, el 9 de marzo de 2023 el Técnico de Personal del Ayuntamiento se puso en contacto telefónico y por email con el demandante para realizarle una oferta de trabajo expresa para puesto de "Técnico de mantenimiento del Polideportivo Sueldo: 32.750 euros/brutos al año, 14 pagas Duración: mínimo un año (hasta que salga el puesto) [...]"

El demandante renunció al contrato de trabajo indefinido con su empresa, causando baja el 24 de marzo de 2023. Por Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento, de 27 de marzo de 2023, se acordó contratar al demandante con un contrato de interinidad por vacante para el puesto de Técnico de Mantenimiento de Edificios, a partir del 27 de marzo de 2023, con las condiciones retributivas señaladas, que "finalizará al finalizar un proceso selectivo para la cobertura provisional o definitiva de la plaza, y nunca con una duración superior a 3 años de duración. En dicho plazo, el proceso selectivo que le corresponde al Ayuntamiento deberá estar finalizado". Se suscribió entonces el contrato de trabajo con el trabajador demandante, "figurando en el mismo que es para la sustitución de un trabajador, sin identificar su identidad".

El demandante fue despedido de forma verbal el 30 de abril de 2023, alegando el Ayuntamiento error en la contratación, "entregándole un certificado de empresa para tramitar la prestación de desempleo, donde figura que con fecha 30.04.2023 se extingue la relación laboral por "fin de la relación"" (AH 1º sentencia de suplicación).

2. Antecedentes

La sentencia del Juzgado de lo Social único de Eibar, nº 142/2023, de 28 de diciembre de 2023, autos 299/2023, estimó la demanda del trabajador despedido, declarando la improcedencia de su despido, y condenando al Ayuntamiento demandado, en caso de que no optase por la reincorporación del despedido, a indemnizarle en la cantidad de 493,49 € y, en concepto de indemnización adicional, en la cantidad de 30.000€. La sentencia fijó esa indemnización adicional con el valor de los salarios de un año, recurriendo al lucro cesante ante la frustración sin causa, a iniciativa del empleador público, de un contrato de interinidad de al menos un año y como máximo de tres años.

El Ayuntamiento recurrió la sentencia en suplicación, recurso que fue impugnado de contrario.

La sentencia comentada confirma la sentencia de instancia y desestima el recurso de suplicación del Ayuntamiento de Oñati.

IV. Posición de las partes

El trabajador consideró insuficiente la indemnización tasada de 493,49 € para la reparación del daño causado por su despido sin causa, y cifró la indemnización solicitada en 30.000 euros, correspondiente a los salarios de un año, período mínimo de su contrato temporal de interinidad por vacante, que había firmado con el Ayuntamiento demandado.

El trabajador despedido impugnó el recurso de suplicación del Ayuntamiento, interesando la confirmación de la sentencia de instancia, valiéndose de su interpretación y aplicación de los arts. 4 y 10 del Convenio nº 158 de la OIT, del art. 24 de la Carta Social Europea (revisada), y de los arts. 1101 y 1106 del Código Civil, ante la escasa antigüedad del trabajador en la ejecución de su contrato temporal con el Ayuntamiento y la renuncia a su anterior contrato indefinido por razón de las condiciones de la oferta contractual municipal.

Defiende el Ayuntamiento demandado, y recurrente en grado de suplicación, que la única indemnización que opera por despido improcedente es la legalmente prevista, y tasada, por el art. 56.1 ET, conforme a la doctrina de la STS de 28 de enero de 2013, rcud. nº 142/2012^[2].

En su recurso de suplicación, el Ayuntamiento alega, con base en el art. 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la infracción del art. 110 LRJS, del art. 56 ET, de los arts. 4 y 10 del Convenio 158 OIT y del art. 24 de la Carta Social Europea, y de su jurisprudencia interpretativa.

V. Normativa aplicable al caso

Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982^[3]

- “Artículo 4

No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

- “Artículo 10

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieron facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo^[4] el 3 de mayo de 1996

- “Artículo 24. Derecho a protección en caso de despido.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer:

a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio;

b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.

A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial”.

Estatuto de los Trabajadores

- “Artículo 56. Despido improcedente

1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”.

[...]

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

- Artículo 110. Efectos del despido improcedente.

1. Si el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los

Trabajadores o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización, cuya cuantía se fijará de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 56 de dicha Ley, con las siguientes particularidades:

a) En el acto de juicio, la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización podrá anticipar su opción, para el caso de declaración de improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 111 y 112.

b) A solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia.

c) En los despidos improcedentes de trabajadores cuya relación laboral sea de carácter especial, la cuantía de la indemnización será la establecida, en su caso, por la norma que regule dicha relación especial.”

[...]

3. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la oficina del Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente, sin esperar a la firmeza de la misma, si fuera la de instancia.”

VI. Doctrina básica

- *Las dos posturas de la doctrina judicial de suplicación sobre la disconformidad o la conformidad con el ordenamiento internacional y europeo del despido injustificado del reconocimiento de indemnizaciones complementarias o adicionales a las legalmente tasadas por determinados despidos sin causa o improcedentes, de graves perjuicios y escasa indemnización legal*

Tras repasar la jurisprudencia del TC sobre la libertad del legislador para fijar el régimen indemnizatorio del despido, y, consiguientemente, su coste, y la constitucionalidad de un sistema de indemnizaciones con elementos de cálculo legalmente tasados, que sustituyen al resarcimiento de perjuicios y no se calculan en función de los mismos, al justificarse en razones objetivas, como la eliminación de las dificultades de prueba de los daños por parte del trabajador, o la unificación de los criterios a aplicar por el juez y la simplificación del cálculo judicial, así como la certeza y seguridad jurídicas (ATC 43/2014, y demás decisiones constitucionales allí citadas); y del TS sobre la necesaria aplicación de la regulación del art. 56.1 ET sobre la obligación legal empresarial de indemnizar por su ilícita decisión de despedir sin causa legal justificativa, con arreglo a sus parámetros y elementos cuantificadores, que arrojan una indemnización objetiva, tasada y topada, “formalmente desvinculada del perjuicio real”, completada en su caso por la adicional legalmente prevista para la vulneración de derechos fundamentales (art. 183 LRJS), que desplaza a la regulación común del Código Civil sobre obligaciones y contratos (STS de 28 de enero de 2013^[5] y otras citadas), la sentencia se adentra en las “dos posturas” de la “doctrina autonómica” o “doctrina jurisprudencial autonómica”: de los TSJ de Cataluña y Navarra, que reconocen indemnizaciones complementarias o adicionales a las legalmente tasadas con base en el marco regulatorio del art. 10 del Convenio 158 de la OIT y del artículo 24 de la Carta Social Europea” (revisada), de superior rango normativo, en aquellos supuestos excepcionales en que la indemnización legal por despido improcedente “sea exigua y no tenga un efecto disuasorio para la empresa, ni compense suficientemente a la persona trabajadora por la pérdida de ocupación, concurriendo asimismo una clara y evidente ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato”, de modo que puedan repararse los daños causados al trabajador que superen el mero lucro cesante en

aplicación de los arts. 1101 y 1106 del Código Civil, que exige que los “daños sean cuantificados en la demanda y acreditados en el acto del juicio, lo que descarta la mera aplicación de oficio por el órgano judicial” (STSJ de Cataluña 5986/2022, de 11 de noviembre, FD 4º, entre otras muchas)^[6], mientras que los TSJ de Madrid, Castilla y León (Valladolid), Castilla-La Mancha, Asturias, Galicia, rechazan el abono de una indemnización adicional, negando que el Convenio 158 OIT sea norma de aplicación directa en nuestro ordenamiento y que el art. 56.1 ET se oponga a su art. 10, como ha destacado el referido ATC 43/2014, y que la Carta Social Europea no esté cumplida por dicho precepto estatutario.

La Sala de lo Social del TSJ del País Vasco venía sosteniendo “un criterio contrario a fijar otra indemnización distinta a la ya prevista en el artículo 56 ET”, que satisfacía las exigencias de adecuación indemnizatoria del Convenio 158, posterior en el tiempo a la versión originaria del ET, y del art. 24 de la Carta Social Europea (revisada). Nuestro sistema legal de indemnización del despido sin causa lícita es de predeterminación normativa y objetiva, tasada, del importe de todos los perjuicios causados al trabajador, en todos los casos, por la pérdida ilegal del empleo. Tal es la indemnización “adecuada”, que no pretende una *restitutio in integrum*, con independencia de la particularidad de los casos enjuiciados, y de acuerdo a la doctrina de la “sentencia de Pleno de [...]la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1990 (sentencia 1450)^[7] y la allí citadas...” (Sentencias 569/2021, de 23 de marzo de 2021^[8], 916/2021, de 1 de junio de 2021^[9], 673/2022, de 5 de abril de 2022^[10]). Llega a decir esta última sentencia: “La Sala reconoce el esfuerzo argumentativo de la parte recurrente así como lo sugerente de la tesis que sostiene, tanto para defender que la primera de las consecuencias del despido improcedente debiera ser la de la readmisión de la persona trabajadora como para sostener que la indemnización tasada no resarce plenamente de todos los perjuicios que causa la pérdida - injusta - del empleo. Y, aunque conocemos los argumentos de otras Salas de lo Social de otros TSJ, vertidos en, entre otras, las Sentencias que la recurrente invoca, hemos de estar a nuestro propio criterio, fijado en Sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 2021 - Recurso 360/21 -, con base en otras Sentencias anteriores, en la que se razonó [...]”.

La ocasión para cambiar la doctrina de la Sala, o para formular otra nueva para estos casos extremos, compatible con la anterior, llega con la singularidad del despido abordado en esta sentencia, singularidad determinada por su radical ilegalidad, su insignificante indemnización y la significativa gravedad de los perjuicios para el trabajador ilegalmente despedido.

- *El overruling de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco ad casum y sus razones; su control de convencionalidad y su separación y acogimiento de las decisiones del CEDS; la inexistencia de justificación del despido y su exigüidad indemnizatoria*

La sentencia comentada cambia el “propio criterio” de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco -la CSE revisada entró en vigor en España antes de que tuviera lugar el despido declarado improcedente y confirmado por alguna de sus resoluciones que habían aplicado ese criterio propio- en atención a los siguientes argumentos:

1) Solo “de soslayo”, la influencia de la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) sobre la reclamación colectiva de UGT, que “va a cuestionar la indemnización tasada y topada de la regulación en España del despido improcedente por vulneración del art. 24 de la Carta Social Europea revisada [...] pese a no ser una decisión todavía pública”. Así lo han difundido los medios de comunicación, y así se ha pronunciado el CEDS respecto de las legislaciones de Finlandia (8 de septiembre de 2016), Italia (11 de septiembre de 2019) y Francia (23 de marzo de 2022)^[11], que topan las indemnizaciones por despido injustificado.

2) La obligación de los órganos judiciales españoles de aplicar el derecho a la protección frente al despido sin causa del art. 24 de la CSE (revisada), que forma parte

de nuestro ordenamiento interno desde su publicación en el BOE. “Comencemos por la obligación de respetar la CSE”, ratificada por España y en vigor desde el 1 de julio de 2021, dice la sentencia, ex art. 96 CE y arts. 23.3, 30.1 y 31 de la Ley 25/2014 de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. La sentencia relata los vaivenes de la ratificación por España del Protocolo Adicional de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995: el instrumento de ratificación de la CSE (revisada) contuvo una declaración de aceptación del citado protocolo; el BOE de 28 de junio de 2021 publicó una resolución que establecía la aplicación provisional del Protocolo de reclamaciones colectivas desde el 1 de julio; el BOE 2 de noviembre de 2022 recogió el instrumento de ratificación del citado Protocolo Adicional, con entrada en vigor el 1 de diciembre de 2022, que puso fin a aquella aplicación provisional.

3) La introducción por la CSE (revisada), en nuestro ordenamiento jurídico nacional, de un “nuevo” derecho social, el derecho a la protección frente al despido sin causa (art. 24), norma internacional que prevalece sobre la interna, el art. 56.1 ET, y es directamente aplicable (arts. 31 y 30.1 Ley 25/2014), lo que “abre un nuevo escenario”, en el que es esencial la tarea del CEDS, “instancia suprema de garantía” de la Carta, “equivalente al TEDH”, que asegura su “interpretación auténtica” a través de su sistema de informes y de decisiones sobre el fondo de las reclamaciones colectivas instadas por los sindicatos.

4) La “plena efectividad y exigibilidad jurídica” del “contenido mínimo esencial o sustancial” del derecho a la protección frente al despido del art. 24 de la CSE (revisada), que se impone a los Derechos nacionales, sin desconocer que esos Derechos nacionales también pueden mejorarlo (*Parte V*, art. H), y que, sin perjuicio de ser complementado por otras referencias normativas de la Carta (arts. 8, 20, 27.3, 29, etc.), pues su enumeración no es cerrada, se conforma de tres garantías: la causal (derecho de la persona trabajadora a no ser despedida sin una “razón válida”) y, ante su falta, la “monetaria o de estabilidad obligacional” (derecho a “una indemnización adecuada” o a “otra reparación apropiada”) y procesal (derecho de la persona trabajadora despedida de forma injustificada a recurrir ante un organismo imparcial, ya sea judicial o extrajudicial).

5) Pese a la indeterminación con que el art. 24 CSE (revisada) configura la garantía de “una indemnización adecuada” o de “otra reparación apropiada” ante un despido injustificado o sin causa, indeterminación similar a la empleada por el art. 10 del Convenio nº 158 OIT, y pese a que el *Anexo de la CSE revisada* (*Parte II*, art. 24.4.) remite su fijación a los ordenamientos nacionales conforme a sus propios sistemas de fuentes, la exigencia de adecuación indemnizatoria que la norma internacional europea impone a los ordenamientos nacionales ha sido fijada por la interpretación seguida por el CEDS en los casos, antes referidos, de las legislaciones finesa, italiana y francesa en torno a los siguientes elementos de determinación: “a) el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano jurisdiccional que se pronuncie sobre la legalidad del despido; b) la posibilidad de reincorporación y/o; c) una indemnización suficiente tanto para disuadir al empleador como que sea proporcional al daño sufrido por la víctima”. Habiendo dicho el CEDS, en aquellos casos, que las indemnizaciones topadas en su horquilla superior, que no garantizan que la indemnización sea proporcional a la pérdida sufrida por el trabajador ni que sea suficientemente disuasoria para el empleador, son, por principio, contrarias a la CSE (revisada).

No obstante, inopinadamente, la sentencia no tiene el menor reparo en separarse del órgano de control y garantía de la CSE y reconoce explícitamente que las decisiones del CEDS no han tenido el menor efecto jurídico en los tres Estados a los que advirtieron del incumplimiento del art. 24 de la CSE (revisada) por sus legislaciones que fijan indemnizaciones topadas de despido injustificado, ni en sus tribunales superiores, ni en sus Gobiernos y Parlamentos, que no han emprendido reformas normativas de dichas legislaciones^[12]. La Sentencia de la Corte de Casación de Francia de 11 de mayo de 2022 declaró la improcedencia del control judicial de

convencionalidad por falta de aplicación directa del art. 24 CSE (revisada) en el ordenamiento francés, y, consiguientemente, la inaplicación de la decisión del CEDS. El Gobierno de Finlandia, en el último informe de seguimiento del CEDS (marzo 2024), declaró públicamente que no estaba vinculado por su decisión. Mas aun: la propia sentencia declara que no tiene *"ninguna obligación de asumir la decisión del CEDS"*. Niega, en esta parte de su argumentación (FJ.2º.5), que las decisiones del CEDS creen jurisprudencia, distinguiendo el TEDH, y el valor creativo de jurisprudencia de sus sentencias de interpretación y aplicación del CEDH (arts. 4 bis y 5 LOPJ y art. 236.1 LRJS), del CEDS y sus decisiones, que provienen del Protocolo Adicional de reclamaciones colectivas -del que no cita ningún precepto-, sobre cuyos efectos vinculantes, o no, "existe una controversia".

Desembarazada de las decisiones del CEDS, que, sin embargo, mas adelante recuperará, la sentencia se dispone a efectuar su propio y autónomo control de convencionalidad, a expresar su nuevo criterio propio, de acuerdo con el canon de ese control judicial difuso fijado en la STC 140/2018, FJ 6, y en las SSTs 268/2022 y 270/2022, de 28 y 29 de marzo^[13], exigente de que la norma internacional, que se va a aplicar, sea clara y cierta en su mandato, para evitar la inseguridad jurídica, y "que no se remita a la legislación nacional para su determinación".

6) Pese a ello, precisamente, la aplicabilidad directa del art. 24 de la CSE (revisada) es el resultado de la operación de control de convencionalidad que lleva a término la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, que en la consideración de la sentencia, es obvia, pero que, al remitirse, en el Anexo de la CSE (revisada), a la legislación nacional para su determinación, "nos deja huérfanos en la interpretación de "una indemnización adecuada o a una reparación apropiada".

7) Proyectada sobre el caso, lacerante, en que el trabajador había renunciado a un trabajo estable para aceptar la oferta del Ayuntamiento recurrente de un contrato temporal de interinidad por vacante de, al menos un año de duración, "con unas condiciones laborales, entendemos superiores a las que estaba disfrutando", y "en escaso un mes", el Ayuntamiento extingue su contrato sin causa, manifestando verbalmente un error en la contratación, la indemnización tasada de 493,49 €, resultante de la aplicación del art. 56.1 ET, no es "una indemnización adecuada o a una reparación apropiada". Considerada insuficiente por el trabajador despedido para la reparación de los daños y perjuicios causados por su despido injustificado, en su demanda había solicitado una indemnización de 30.000 euros, correspondientes a los salarios de un año. Esta es la primera conclusión de la sentencia tras la preparación del terreno argumental a través del juicio de compatibilidad: "la indemnización tasada no es adecuada al daño sufrido por el trabajador, que abandonando un trabajo indefinido, por la oferta por otro contrato, si bien, temporal, pero con una previsión de al menos un año, no resarce la pérdida de ese trabajo con la indemnización escueta de 493,49 €".

8) La necesidad de fijar la indemnización que repare el daño sufrido por el trabajador despedido sin causa es la segunda conclusión de la sentencia. Tras reproducir los arts. 1.101 y 1.124 del Código Civil, sobre el resarcimiento de daños y perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, la sentencia advierte de la técnica utilizada por el art. 183.3 LRJS, que, en caso de vulneración de derechos fundamentales, "admite dos indemnizaciones, la tasada y la reparadora de la vulneración constitucional", añadiendo que, ante la dificultad de valorar el daño moral, "la doctrina jurisprudencial acude [...] a los términos sancionatorios de la LISOS". Consiguientemente, la sentencia puede admitir una doble reparación, la tasada, obtenida del art. 56.1 ET, y la que repare el efectivo daño y perjuicio sufrido, "que suponga una superación de la indemnización tasada".

9) Para el cálculo de esta segunda indemnización, la sentencia recuerda que la de instancia había acudido al criterio del lucro cesante ante la frustración del contrato de interinidad de, al menos, un año y, como máximo, tres años, y había estimado la pretensión del trabajador, indemnizándole complementariamente con el valor de los salarios de un año. Se explaya en otras fórmulas posibles, pero, en la operación de

recuperación en el último momento de las resoluciones del CEDS, considera que esas otras fórmulas de cálculo de la cantidad indemnizatoria adicional a la irrelevante legalmente predeterminada no se acomodarían a la doble exigencia de dichas resoluciones de que las indemnizaciones, para ser adecuadas y cumplir con el art. 24 CSE (revisada), han de observar el doble requisito de proporcionar una reparación efectiva al trabajador y disuadir al empresario de proceder a despidos “sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio”. La sentencia, “no teniendo elementos mas concretos en las circunstancias del trabajador despedido”, opta por fijar la indemnización adicional en los salarios que hubiera percibido el trabajador en ese año, al menos, de trabajo, confirmando la decisión de instancia, y razona que “si bien no podemos dejar de lado que dentro de la reparación se encuentra la protección por desempleo que se nutre de las cotizaciones del trabajador y el empresario y estas pudieran ser también valoradas a efectos de la reparación del daño y perjuicio del trabajador por la pérdida del salario”, no pueden serlo “respecto al empresario como elemento disuasor del despido sin causa”. La tercera y ultima conclusión de la sentencia es que “la expectativa de un trabajo de un año”, que había llevado al trabajador a extinguir su contrato anterior, “debe suponer el daño reparable que la norma contenida en el art 24 de la CSE delimita como una indemnización adecuada o una reparación apropiada”.

10) La razón última de la sentencia, pero que es su primera y principal razón de decidir, “el elemento esencial [...] es la *inexistencia de una mínima respuesta justificatoria al trabajador sobre la causa de extinción, pues no es de recibo la referencia verbal a un error*”.

VII. Parte dispositiva

“DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación AYUNTAMIENTO DE OÑATI, frente a la sentencia nº 142/2023 de fecha 28 de noviembre 2.023, autos 299/2023 del Juzgado de lo social único de Éibar, que estimó la demanda sobre despido, declarando el mismo improcedente, condenando a la empresa demandada a que, en el plazo improrrogable de 5 días a partir de la notificación de la presente Resolución, opte bien por reincorporar al trabajador [...] a su puesto de trabajo en idénticas condiciones a las que precedieron al despido, o bien le indemnice en la cantidad de 493,49€, debiendo de abonar en el primero de los supuestos salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la presente resolución a razón de 2.339,28€/mes, abonando en concepto de indemnización adicional la cantidad de 30.000€; y confirmar, como confirmamos, el pronunciamiento de instancia, con imposición de costas a la empresa vencida en el recurso, que comprenderán los honorarios del Letrado /Graduado social de la parte impugnante hasta la cantidad de 800 euros Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento [...]”.

VIII. Pasajes decisivos

- “[...] no podemos dejar de soslayo y por tal somos conscientes de la influencia en la presente resolución, [de] la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), en cuanto va a cuestionar la indemnización tasada y topada de la regulación en España del despido improcedente por vulneración del art. 24 de la Carta Social Europea revisada (CSE), tal como se ha difundido en los medios de comunicación, pese a no ser una decisión todavía pública, y cuyo antecedente lo encontramos respecto a las legislaciones de Finlandia, Italia y Francia” (FD 2º.4).

- “Comencemos por la obligación de respetar la CSE, la cual fue ratificada por parte del Estado español [...] en su versión revisada, [...], el 11 de junio de 2021 con la

publicación en el BOE del instrumento de ratificación, con entrada en vigor el 1 de julio de 2021 [...]. Por tanto, la CSE forma parte de nuestro ordenamiento al amparo de lo dispuesto en el art. 96 CE y art. 23.3 Ley 25/2014 de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (FD 2º.4).

- “La prevalencia de la norma internacional sobre la interna (art. 31 Ley 25/2014) queda supeditada al propio tenor de cada precepto del tratado internacional, directamente aplicable o no según cada caso” (FD 2º.4).

- “[...] con la ratificación de la CSE Revisada en su totalidad se introducen en el ordenamiento jurídico nacional ocho nuevos derechos sociales que no estaban en la versión originaria, entre los que destaca el derecho a la protección frente al despido sin causa (art. 24) [...]. Ello abre un nuevo escenario, el cual queda más reforzado con la labor del CEDS a través de su sistema de informes y el Protocolo Adicional ya ratificado de reclamaciones colectivas, donde los sindicatos ostentan un papel relevante en la aplicación de la norma internacional al preguntar al citado Comité sobre su compatibilidad con la norma nacional” (FD 2º.4).

- “[...] el CEDS es la instancia suprema de garantía, equivalente al TEDH[...], que asegura la interpretación auténtica de la Carta a través de dos principales mecanismos: grosso modo las conclusiones en el sistema de informes y las decisiones sobre el fondo en el procedimiento de reclamaciones colectivas” (FD 2º.4).

- “[...] el art 24 de la CSE reconoce tres garantías: una causal, otra monetaria o de estabilidad obligacional y, por último, una procesual [sic], que reconoce el derecho de la persona trabajadora despedida de forma injustificada a recurrir ante un organismo imparcial, ya sea judicial o extrajudicial. Así, el art. 24 CSE garantiza el derecho a la protección en caso de despido, fijando un contenido mínimo esencial o sustancial con la finalidad de dotarlo de plena efectividad y exigibilidad jurídica, sin desconocer que pueda ser mejorado por los Derechos nacionales (art. H, Parte V), así como complementado por otras referencias normativas de la Carta (arts. 8, 20, 27.3, 29, etc.) en la idea de que no contiene una enumeración cerrada, sino abierta” (FD 2º.4).

- “Respecto a la garantía causal la CSE reconoce el derecho de las personas trabajadoras a no ser despedidas si no existe una << razón válida >>, conectando con el principio clásico de estabilidad en el empleo, el cual se refleja en el reforzamiento del principio de conservación del contrato de trabajo, en la preferencia por la contratación indefinida y especialmente en la existencia de un <<justificado motivo>> para la extinción del contrato de trabajo” (FD 2º.4).

- En lo que se refiere a la garantía monetaria, la CSE utiliza los mismos conceptos jurídicos indeterminados que el Convenio 158 de la OIT, reconoce el derecho a «un a indemnización adecuada» o a «otra reparación apropiada» ante un despido injustificado o sin causa. El Anexo de la CSE expresa, “se entiende que la indemnización o cualquier otra reparación apropiada en caso de despido sin que medien razones válidas deberá ser fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales”. De este modo, se obliga a fijar o a determinar el importe de la indemnización u otra reparación apropiada a través de las fuentes jurídicas típicas de la relación de trabajo («o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales»), sobre la base del principio de seguridad jurídica y de la prohibición de arbitrariedad empresarial respecto a la fijación de la reparación del despido sin justificado motivo” (FD 2º.4).

- “Cuestión distinta es que la indemnización u otra reparación que sea fijada por la legislación nacional sea adecuada o apropiada. En esta interpretación ha acudido el CEDS y ha construido una línea sobre lo que considera adecuada la indemnización [sic], así: a) el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano jurisdiccional que se pronuncie sobre la legalidad del despido; b) la posibilidad de reincorporación y/o; c) una indemnización suficiente tanto para disuadir al empleador como que sea proporcional al daño sufrido por la víctima.

En esta última línea y en general sobre las resoluciones llevadas a cabo por dicho organismo respecto a las legislaciones de Finlandia, Francia e Italia, con un régimen de despidos similar al español, ha señalado [...] que [...] cualquier tope a la indemnización que pueda impedir que la indemnización sea proporcional a la pérdida sufrida y que sea suficientemente disuasoria para el empleador es, en principio, contrario a la CSE revisada" (FD 2º.4).

- "Decisiones, por otro lado, que, en ninguno de estos países, las instancias superiores judiciales se vieron vinculadas [...]. En ninguno de estos países, los Gobiernos tuvieron que cumplir una obligación internacional imperativa de reforma normativa en despido [...]. Por tanto, ninguno de estos tres países - Finlandia, Italia y Francia - ha reformado su normativa de despido para adecuarla al art. 24 CSE y a la decisión del CEDS o recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa" (FD 2º.4).

- [...] resta por analizar si las decisiones del CEDS son jurisprudencia y por tal si son aplicables por los jueces nacionales a través del control de convencionalidad. El Consejo de Europa diferenció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que aplica la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) a través de sentencias, una vez agotada la vía judicial interna, del CEDS, que aplica la CSE a través de decisiones, sin agotar la vía judicial interna, que provienen del protocolo de reclamaciones colectivas, ratificado por España en 2021. El TEDH genera jurisprudencia (arts.4 bis y 5 LOPJ y art. 236.1 LJS), vinculante para los jueces nacionales, mientras que respecto al CEDS existe una controversia sobre su carácter vinculante o no, no obstante, la jurisprudencia de control judicial de convencionalidad parte de la aplicación de norma internacional que ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica, y que no se remita a la legislación nacional para su determinación (STC 140/2018 y SSTs 28 y 29/03/2022). Por tanto, sobre este criterio será valorada la aplicación o no directa del art. 24 CSE [...] pero sin ninguna obligación de asumir la decisión del CEDS" (FD 2º.5).

- [...] la aplicabilidad del art 24 de la CSE, lo que por otro lado, es obvio por lo señalado, [...] nos deja huérfanos en la interpretación de "una indemnización adecuada o a una reparación apropiada", y ello proyectado sobre el conflicto que examinamos, trabajador que abandona un empleo, en principio estable, pues tenía un contrato indefinido, desde el año 2.021, sin más referencias sobre categoría, salario, y opta ante la oferta de la demandada de llevar a cabo un contrato temporal de al menos un año con unas condiciones laborales, entendemos superiores a las que estaba disfrutando, y suscribe con la demandada un contrato de interinidad, en marzo 2.023, y en escaso un mes la recurrente extingue el contrato sin causa, (manifestando verbalmente un error en la contratación), lo que conforme las reglas de la normativa nacional supone una indemnización tasada de 493,49 €. indemnización que el trabajador considera insuficiente para la reparación de los daños y perjuicios, indemnización que la cifra en la suma de 35.000 euros [sic], salarios de un año [...]. En estas circunstancias acaecidas, la primera conclusión que alcanzamos es que la indemnización tasada no es adecuada al daño sufrido por el trabajador, que abandonando un trabajo indefinido, por la oferta por otro contrato, si bien, temporal, pero con una previsión de al menos un año, no resarce la pérdida de ese trabajo con la indemnización escueta de 493,49 €" (FD 2º.5).

- "[...] la cuestión a delimitar es cual debe ser la indemnización que suponga esa reparación del daño sufrido. No podemos dejar de lado que el art 183.3 LRJS, sobre la indemnización cuando se producen vulneración de derechos fundamentales, admite dos indemnizaciones, la tasada y la reparadora de la vulneración constitucional, y ante el daño moral, la doctrina jurisprudencial acude, ante la dificultad de su valoración a los términos sancionatorios de la LISOS. Por tanto, podemos admitir una doble reparación la tasada, art. 56 ET, y la derivada del efectivo daño y perjuicio que suponga una superación de la indemnización tasada. En hipótesis, bien pudieron las partes, negociar un periodo de prueba, lo que no hizo la recurrente, o bien pudo el

trabajador blindar su contrato de trabajo delimitando consecuencias para la extinción y no lo efectuó" (FD 2º.5).

- "La Ilma. Magistrada de lo Social a quo acude al lucro cesante ante las perspectivas frustradas de un contrato de interinidad de al menos un año y como máximo tres años, y así le indemniza complementariamente con el valor de los salarios de un año. También pudiéramos valorar otras fórmulas como puede ser un cálculo ficticio indemnizatorio tasado de haber trabajado ese año, o los tres años, al menos, y la indemnización hubiera sido 2.960,00 € o 8.880,00 €, o acudir a la compensación para el preaviso en los contratos temporales, si hubiera estado previsto en el Convenio Colectivo de aplicación, o en general cualquier otra medida que encaje mas en nuestra norma, y es que también pudiera utilizarse de forma análoga el art 281.2.b) LRJS, que lo es para la ejecución de los despidos que hubiere optado por la readmisión el empresario y no se llevare a cabo [...] o inclusive llevar a cabo una ficción en cuanto computar el tiempo en el anterior trabajo y que por mor de la oferta de trabajo dimitió. Pero todas estas opciones chocan con algo que en las resoluciones del CEDS delimita como, por un lado, una reparación efectiva al trabajador, y, por otro lado, un elemento disuador al empresario para tomar decisiones ajustadas a derecho" [FD 2º.5].

- "Sentado ello, ante las distintas opciones y no teniendo elementos mas concretos en las circunstancias del trabajador despedido vamos a optar por el mecanismo de la indemnización adicional que lo son los salarios que hubiera percibido el trabajador en ese año, al menos de trabajo, pero, si bien, no podemos dejar de lado que dentro de la reparación se encuentra la protección por desempleo que se nutre de las cotizaciones del trabajador y el empresario y estas pudieran ser también valoradas a efectos de la reparación del daños y perjuicio del trabajador por la pérdida del salario, pero no respecto al empresario como elemento disuador [*sic*] del despido sin causa. Por consiguiente, la expectativa de un trabajo de un año, que motivó la extinción del contrato anterior, [...] debe suponer el daño reparable que la norma contenida en el art 24 de la CSE delimita como una indemnización adecuada o una reparación apropiada, y es que el elemento esencial que nos encontramos es la inexistencia de una mínima respuesta justificatoria al trabajador sobre la causa de extinción, pues no es de recibo la referencia verbal a un error" (FD 2º.5).

IX. Comentario

1. Algunas cuestiones de forma (y de fondo)

Formalmente, la argumentación de la sentencia se desarrolla en una secuencia sin espacios que ocupa su larguísimo FD 2º, "Examen del Derecho", con 5 puntos, realmente son 6, pues se repite el 5, que no son apartados, ya que solo hay, a lo largo de las 15 páginas que ocupa el FD 2º, 4 puntos y aparte (en la versión del Cendoj). Esta opción formal de la sentencia no es la mejor para apreciar con facilidad y precisión el criterio de la Sala de lo Social del TSJPV, especialmente en el tratamiento, reiterado y en ocasiones contradictorio, del significado y el valor jurídico que confiere a las resoluciones del CEDS.

Su exposición de jurisprudencia, constitucional y ordinaria, y de doctrina judicial, es esforzadamente pedagógica para identificar las "dos posturas" de la doctrina de suplicación sobre la admisión o no de la complementación de la indemnización legalmente tasada con otra adicional en determinados despidos improcedentes en atención a sus graves perjuicios: aquellos en que concurre una clara y evidente ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial de despedir, en que la indemnización es exigua y no tiene efecto disuasorio para la empresa, ni compensa suficientemente a la persona trabajadora por la pérdida de ocupación, y en que la persona trabajadora demandante ha cuantificado en su demanda los daños y los ha acreditado en el acto del juicio para satisfacer el principio de contradicción procesal (art. 24.1 CE), según la delimitación objetivada de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña. Con todo, esa dilatada presentación de jurisprudencia y doctrina judicial

es por momentos axfisiante y no deja ver, sino con esfuerzo notable, cuando acaba la cita de una determinada sentencia y comienza la de otra.

Tampoco proclama la sentencia, con la claridad que debiera, su cambio de doctrina, ni el alcance de su nuevo sentido interpretativo para este caso ¿y otros semejantes?, o con un imposible, en mi opinión, carácter general a partir de la insuficiencia de la regulación indemnizatoria del art. 56.1 ET, ni la razón real y última del cambio. ¿La aplicación del art. 24 de la CSE (revisada) al caso, aunque antes no lo hubiera sido a otros casos? ¿La decisión o las decisiones del CEDS a propósito de dicho precepto del tratado internacional y su incumplimiento por el art. 56.1 ET, como elemento innovador del caso dada su cercanía con la decisión del CEDS sobre la reclamación colectiva de UGT? ¿El caso singular de despido abordado, un craso incumplimiento del empleador público que podría repetir cuantas veces quisiese por su escasísimo coste económico? ¿Todas estas razones conjuntamente? La respuesta a estos interrogantes es decisiva, claro está.

Se trata, innegablemente, de una sentencia muy interesante que merece ser leída y analizada con detenimiento.

2. La equivocidad de la sentencia sobre el valor jurídico de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales

Cumplida muestra de esa equivocidad no falta en la sentencia a propósito de las resoluciones del CEDS, cuyo valor jurídico sube y baja en determinados pasajes del FD 4º.4, 5 y 5. El desarrollo de su FD 2º.4 lo ocupa la influencia en su fundamentación y fallo de las decisiones del CEDH. Reconoce esa influencia, de soslayo o al soslayo, pero la reconoce, aunque después la negará, a la decisión de dicho Comité, que cuestiona la indemnización tasada y topada de la regulación en España del despido improcedente, contraria al art. 24 CSE (revisada), al resolver la reclamación colectiva de UGT. Con carácter general, añade, la entrada en vigor de la CSE (revisada) abre un nuevo panorama normativo, reforzado por el ejercicio de sus funciones interpretativas por el CEDH, órgano de garantía e interpretación auténtica de la Carta, respecto del que llega a deslizar la calificación de “equivalente” al TEDH, que ha elaborado una doctrina de interpretación del derecho a una “indemnización adecuada” o a una “reparación apropiada” en caso de despidos injustificados del art. 24 de la Carta (revisada). No obstante, ya en este FD 2º.4 la sentencia se ocupa de llevar a la irrelevancia la eficacia jurídica de las decisiones del CEDH, en los casos de las legislaciones de despido baremadas finesa, italiana y francesa, Estados que las han desautorizado -Italia llevó la decisión a su Tribunal Constitucional, competente en el control de convencionalidad-.

A partir de ahí, en el primer punto 5 de ese FD 2º, la sentencia separa, con mayor corrección, el TEDH y su jurisprudencia del CEDS y sus decisiones, resuelve que estas decisiones no constituyen jurisprudencia que los jueces y tribunales puedan aplicar a través del control de convencionalidad, y se decanta por efectuar el control de convencionalidad sobre la aplicabilidad directa del art. 24 CSE (revisada) en nuestro ordenamiento interno siguiendo al TC y al TS, “sin ninguna obligación de asumir la decisión del CEDS”. Parece, pues, que resuelve la controversia, a la que alude explícitamente, sobre los efectos vinculantes de esas decisiones en el sentido de su falta de vinculabilidad jurídica.

Sin embargo, en el segundo punto 5 de ese FD 2º, y ante la extrema vaguedad del precepto del art. 24 CSE (revisada), que enuncia el derecho del trabajador despedido sin “razón válida” a una “indemnización adecuada” o a una “reparación adecuada”, y que es directamente aplicable en nuestro ordenamiento, pero que deja al juez en una total orfandad interpretativa, abandonado a su puro arbitrio ante la insuficiencia de la norma interna, el art. 56.1 ET, para garantizar esa adecuación indemnizatoria o reparadora, desde luego en el caso “con la indemnización escueta de 493,49 €”, la sentencia vuelve a las resoluciones del CEDS, otorgando valor de prescripción jurídica, esto es, identificando un *contenido vinculante* en sus exigencias de que la adecuación de la indemnización ofrezca una reparación efectiva al trabajador y

funcione como un elemento de disuasión de las ilegítimas decisiones empresariales de despido injustificado. Y asume ese contenido vinculante. ¿Quizás porque ha querido y sin ninguna obligación de hacerlo, ya que previamente ha dicho que no obligan? No queda claro en el lenguaje de la sentencia, pero cuando opta por abandonar determinadas fórmulas jurídicas para hacer mensurable la adecuación de la indemnización correspondiente al trabajador despedido por su ilegítimo despido, dice hacerlo porque “chocan con algo” de la prescripción interpretativa formalizada por las resoluciones del CEDS.

3. El control de convencionalidad y la aplicación directa del art. 24 de la Carta Social Europea (revisada) en el ordenamiento jurídico español

El afluente técnico esencial es el juicio de convencionalidad. La sentencia llega a la aplicación directa del art. 24.1 CSE (revisada), en lo que se refiere a la garantía monetaria que castiga la ausencia de razón válida para despedir y ha de asegurar una “indemnización adecuada” o una “reparación apropiada” al trabajador inválidamente despedido, conceptos jurídicos de extremada indeterminación propios de las cláusulas generales de toda norma internacional. La sentencia dice hacer ese juicio de aplicabilidad del art. 24 CSE (revisada) siguiendo el criterio que le proporciona la jurisprudencia constitucional, la STC 140/2018, y la de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sus ya citadas SSTs 268/2022 y 270/2022, de 28 y 29 de marzo: que la norma internacional, que se va a aplicar, sea clara y cierta en su mandato, para evitar la inseguridad jurídica, y “que no se remita a la legislación nacional para su determinación”. La simple lectura del art. 24 CSE (revisada) pone de manifiesto la incontestable vaguedad de la cláusula general que contiene su letra b). La del Anexo de la CSE (revisada), Parte II, art. 24.4, evidencia que corresponde a los ordenamientos nacionales, de acuerdo a sus sistemas de fuentes jurídico-laborales, determinar “la indemnización o cualquier otra reparación apropiada en caso de despido sin que medien razones válidas”, justamente para cerrar la apertura de la cláusula general de la norma internacional. Esto es, la propia norma internacional llama a la interna como aplicable para la fijación de la garantía reparadora adecuada y apropiada, llamada a la que los ordenamientos nacionales han respondido; en nuestro caso, con el art. 56.1 ET para los despidos improcedentes.

Ante este escollo argumental, relevante sin la menor duda, la sentencia responde, imprecisa y tautológicamente: 1) que la aplicación de la norma internacional procede aunque exista norma interna, pues esa existencia no es bastante, ya que es posible que la norma interna no cumpla el mandato de la internacional prevalente, aún enunciado en términos de tan extremada indeterminación como los que emplea el art. 24.b) CSE (revisada), pues “cuestión distinta es que la indemnización u otra reparación que sea fijada por la legislación nacional sea adecuada o apropiada” (FJ 2º.4); y 2) que la aplicabilidad del art. 24 CSE (revisada) en nuestro ordenamiento interno es obvia “por lo señalado”, aunque deje a los jueces “huérfanos en la interpretación de “una indemnización adecuada o a una reparación apropiada”” (FD 2º.5).

Valga la simplificación. Que el primer argumento es impreciso lo prueba el hecho de que la norma interna, el art. 56.1 ET, *se aplica* por la sentencia, cuya operación interpretativa acerca de la aplicación directa del art. 24 CSE (revisada), procedente del juicio de convencionalidad en el caso, ha consistido en *adicionar* a la indemnización legal tasada, insuficiente, de la norma legal interna, siempre en el caso, *otra* indemnización con base en la apertura del art. 56.1 ET hacia los arts. 183 y 281.b) LRJS por la vía de la analogía y de legislación laboral específica hacia la supletoria del Código civil, hacia sus genéricos arts. 1.101 y 1.124 sobre indemnización de daños y perjuicios en los incumplimientos contractuales, y en su propio arbitrio, que acaba sustentándose en el del CEDS, aunque no le obligue. Nada hay que decir de la tautología del segundo argumento, que se explica por sí sola.

Aplicado al caso, es patente que la poquedad de la indemnización tasada, insuperable, de 493,49 €, resultante del art. 56.1 ET, no es una indemnización adecuada para reparar el gravísimo perjuicio del trabajador despedido con notorio

abuso de derecho, pues ha perdido un empleo fijo anterior por 1 mes de trabajo para el Ayuntamiento, que le había ofrecido un contrato temporal mínimo de 1 año, y máximo de 3 años, hasta la cobertura de la plaza vacante interinada. La sentencia fija la indemnización adicional en 30.000 €, correspondientes a los salarios del año mínimo contratado y no trabajado por la ilegal ruptura empresarial del contrato sustanciada en el despido sin causa del trabajador.

Al final del camino argumentativo, el juicio de convencionalidad sobre las cláusulas generales de una norma internacional involucra al propio juez o tribunal que lo efectúa en el caso, que ha de recurrir a su propio criterio para fijar la indemnización adecuada. El juicio de convencionalidad del caso no sólo sirve a la Sala para determinar la norma aplicable, sino directamente para fijar una indemnización, carente de norma, producto del decisionismo judicial, que, mal que bien, y pese a su aplicación exclusiva al caso, en la medida de su repetición en cada nuevo caso, acaba poniendo en cuestión las funciones de legislación y de jurisdicción en las democracias constitucionales.

4. *La ratio decidendi y el overruling de la sentencia ad casum*

Enunciada como desenlace, "*el elemento esencial* que nos encontramos es la inexistencia de una mínima respuesta justificatoria al trabajador sobre la causa de extinción, pues no es de recibo la referencia verbal a un error" (FD 2º.5).

La antijuridicidad abierta del comportamiento del Ayuntamiento empleador, su craso incumplimiento de la legislación laboral plasmado en el despido de un trabajador mediante la comunicación verbal del error en su contratación, para el que, en consecuencia, no hay causa alguna, y que acarrea al despedido graves perjuicios de imposible resarcimiento con la indemnización legal aplicable, se erige en la razón determinante de la sentencia. Aunque ésta no se adentra en esta problemática, es lo cierto que este despido no se ajusta a la definición legal por nuestro ordenamiento de esa calificación (art. 55.4), pues, carente absolutamente de forma y de causa, es imposible acreditar lo que no existe. El camino de la sentencia ha sido otro, el que la demanda del trabajador en la instancia trazó a partir de su solicitud de una indemnización adicional por los salarios del año perdidos por la ilegal y abusiva rescisión contractual empresarial, y a la que congruentemente la sentencia ha respondido.

Si tal es el elemento esencial que fundamenta la decisión del tribunal, ese elemento esencial define el precedente para casos futuros similares y el ámbito material de la innovación doctrinal. El control de convencionalidad es técnica de aplicación por los jueces en cada caso concreto. El *overruling* de la sentencia pierde entonces fuerza, y la nueva doctrina se aplicará a despidos como el aquí enjuiciado, siendo compatible el juicio de convencionalidad de esta sentencia en busca de la norma internacional aplicable, el art. 24 CSE (revisada) interpretado por las resoluciones del CEDS, con los efectuados en sentencias anteriores sobre despidos carentes de esa abierta ilegalidad y gravedad, en que la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco seguirá aplicando su doctrina tradicional acerca de la adecuación del art. 56.1 ET a las normas internacionales, ratificadas y vinculantes para España.

Por decirlo con las palabras de la sentencia de la Sala 673/2022, de 5 de abril de 2022, citada, "...el convenio OIT no preceptúa importe indemnizatorio alguno, sino que impone que la indemnización sea la "adecuada"...". [y] "...el derecho a la "indemnización adecuada" que prevé aquel artículo 10 y el derecho a "la protección en caso de despido" previsto en la Carta Social revisada se consideraron cumplidos por el legislador al operar las sucesivas reformas del artículo 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, que es incluso posterior en su redacción originaria a aquel Convenio OIT y en concreto, así se considera en nuestra actual legislación vigente - producto de la reforma laboral producida en el año 2012-, de suerte que la jurisprudencia tradicional ha considerado que esa indemnización legalmente prevista en aquellos artículos para el despido improcedente tiene condición de indemnización previamente tasada legalmente, tasación que presupone una predeterminación normativa del importe de todos los perjuicios causados por la pérdida ilegal del empleo,

asumiéndose que ese sistema no responde a la idea de "restitutio ad integrum" de los perjuicios causados, sino a lo que el legislador considera que es la indemnización "adecuada", sin que, por ello precisamente, se haya de probar daño o perjuicio alguno derivado del ilegal actuar empresarial, sino que corresponde en todo caso porque se considera que es la adecuada en todos los casos, con independencia de las circunstancias particulares" (FD 3º), de acuerdo a la jurisprudencia del TS.

El resultado de este proceder jurisdiccional no se aleja del seguido por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, que reconoce una indemnización *adicional* a la previamente tasada legalmente en el art. 56.1 ET, que es siempre de aplicación, a los despidos improcedentes que ha identificado a través de la triple exigencia que ha quedado expuesta, y que este despido cumple.

La conclusión última es que no hay en la sentencia, no podría haberla, una desautorización general del art. 56.1 ET con apoyo en el juicio de convencionalidad, técnica de uso judicial en el caso concreto, y en la aplicación del art. 24 CSE (revisada).

La sentencia de suplicación, como antes la de instancia, hace justicia material.

X. Apunte final. sobre el control judicial difuso de convencionalidad y la internacionalización de los derechos. ¿fracaso del positivismo legalista estatal?

La STC 148/2018, FJ 6, reiteró la negación, asentada en la jurisprudencia constitucional, de que los tratados internacionales ratificados por España tengan rango constitucional y, consiguientemente, que sus normas constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de otras normas de rango legal. Situó, en consecuencia, el control de convencionalidad "en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria" ex art. 117.3 CE. En aplicación del art. 96 CE, "cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto". Insistió en que ese control judicial de convencionalidad "no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas", que al moverse en ese terreno de la aplicabilidad normativa, queda fuera de las competencias del Tribunal Constitucional, que, sin embargo, retiene el control último de la operación judicial de convencionalidad a través del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. De modo que el TC puede en todo caso revisar, mediante el recurso de amparo constitucional, la aplicación del derecho hecha en cada caso por los jueces ordinarios, pues el art. 24.1 CE garantiza "que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia [...]".

Con su habitual sagacidad, y coincidiendo con la crítica ya enunciada por R. ALONSO GARCÍA^[14], P. CRUZ VILLALÓN vio enseguida en esa doctrina –"si bien se mira al fundamento jurídico 6 de la STC140/2018, de 20 de diciembre, casi se diría que, con la genericidad de su lenguaje, está animando a [...]"- la incitación "a la jurisdicción ordinaria a gestionar directamente la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas con el mantra de la mera selección del derecho aplicable al caso"^[15].

En estos tiempos globales, en que los derechos de las personas se definen a través de múltiples instrumentos internacionales, además de por sus Constituciones soberanas, con distintas relaciones entre aquellos y estas que ahora no son del caso, el juicio de convencionalidad, en manos de los jueces y tribunales, es un instrumento

al servicio de esa internacionalización de los derechos, de su cosmopolitismo, de su benéfica globalización. Es, sin embargo, clara su limitación, no sólo porque entraña una operación de mera selección del Derecho aplicable (no de determinación de su validez), sino, además, porque esa selección aplicativa, del juez sometido al Derecho, es al caso concreto. Un entendimiento contrario traspasaría la diferenciación funcional entre el legislador y los jueces, entre la ley, que es la voluntad general, y los jueces del Poder Judicial, que han de ser garantía de los derechos y del Derecho aprobado legítimamente por el poder político propio de un Estado democrático, incluso en un modelo basado en una idea de creación judicial del Derecho, que podemos decir asentado por la Constitución si tenemos en cuenta a sus propios jueces.

Sería difícil sostener que la sentencia del TSJ del País Vasco no supera las exigencias constitucionales de motivación fundada en Derecho, no incura en hecho de hecho patente, irrazonabilidad lógico-jurídica o arbitrariedad, conforme al control constitucional del control judicial de convencionalidad de la STC 140/2018, FJ 6; con la consecuencia de que la sentencia está llamada a alcanzar firmeza y la consolidación de su doctrina del caso, sin perjuicio de la capacidad unificadora doctrinal del Tribunal Supremo -que tiene admitido un recurso de casación de tal naturaleza-, y de su extensión y eficacia, ante la extrema singularidad fáctica de los despidos. Todo lo cual apunta directamente al legislador democrático y a su libertad de configuración dentro de la Constitución y del cumplimiento por el Estado de sus compromisos internacionales (arts. 35.2 y 96 CE).

La conclusión es la necesidad de reforma legal del despido improcedente en razón de la dignidad democrática de la ley^[16]. Hace ya muchos años, ante la opción del legislador reformador de 1994 de confinar la nulidad “radical” del despido, después de la nulidad a secas, en el “despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora” (arts. 53.4.1º y 55.5.1º ET) -a la que se añadieron los supuestos de nulidad objetiva que se recogen en las letras a) a c) de los arts. 53.4.2º y 55.5.2º ET-, seguida por la de la jurisprudencia de asimilar los despidos abusivos y en fraude de ley a los improcedentes, salvo que la ley expresamente prevea la nulidad, defendí la nulidad esos despidos y la readmisión de los despedidos como técnica de reparación propia^[17]. Años mas tarde, en 2016, el grupo FIDE concluyó que la ley debía “clarificar los supuestos de nulidad del despido más allá de los despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales de los trabajadores”^[18], en la idea de dar carta de naturaleza legal a la evidente diversidad/desigualdad existente entre los despidos en que el empresario no ha acreditado la causa o su suficiencia y los despidos carentes absolutamente de causa, destinando soluciones extraordinarias, indemnizaciones entre ellas, a los casos de especial gravedad para reparar los daños ocasionados al trabajador y evitar los injustos empresariales. La discusión es en la actualidad mas amplia, de la mano del cumplimiento por el Estado español del orden internacional y europeo de derechos, pero, de alguna manera, renace en el debate actual la inadecuación de la categoría de la improcedencia, al lado de su reparación, mediante indemnizaciones legalmente tasadas, del “daño cualificado” -por emplear terminología de la jurisprudencia constitucional, reservada a la identificación de las vulneraciones de la fundamentalidad- causado por despidos abusivos y fraudulentos, por despidos injustos. No hay que salir de la Constitución para recordar que el derecho al trabajo, que proclama el art. 35.1 CE, tiene como contenido esencial el derecho “a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa” (SSTC 22/1981, FJ 8, y 192/2003, FJ 4). El despido causal es el normativamente configurado por nuestra Constitución, en la UE (art. 30 de la Carta de los derechos fundamentales), en el Consejo de Europa y en el orden internacional, pues esa conformación es la que se corresponde con el Estado social y democrático de Derecho. Y esas normas vinculantes tienen el contenido que en este comentario ha quedado reproducido.

La reforma legal es urgente^[19]. Pues, como las propias sentencias que lo practican reconocen, el control judicial de convencionalidad ha de ser “inusual” y ha de

“adecuarse a límites objetivos”, pues puede desembocar en “subjetivismos que conllevarían desconcierto entre los operadores jurídicos e incertidumbres jurídicas” (STSJ de Cataluña 5986/2022, de 11 de noviembre, citada). De ahí su empeño en buscar asideros legales, en el ordenamiento laboral, para sustentar en el razonamiento analógico la operación de romper la regulación legal tasada del art. 56.1 ET y suplementar las indemnizaciones por despido improcedente, como los arts. 183 y. 281.2.b) LRJS, aunque sus previsiones sean de aplicación a la indemnización específica por vulneración de derechos fundamentales y a la ejecución de las sentencias firmes de despido. Por concluir con palabras de la STC 68/2007, es “indudable, y no parece necesario recordarlo aquí, el valor trascendente del diálogo social en nuestro Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) y la importancia de la participación de las organizaciones sindicales y empresariales en el procedimiento de elaboración de aquellas leyes que puedan afectar a los intereses económicos y sociales a cuya defensa y promoción contribuyen significadamente (art. 7 CE)” (FJ 11).

Referencias:

1. ^ Pueden consultarse los briefs de la AEDTSS, y su finalidad de contribución a una cultura de debate público, sobre este asunto: A. ÁLVAREZ DEL CUBILLO, 47, 2024, 08/04/2024; J. LAHERA FORTEZA 49, 2024, de 11/04/2024; J.B. VIVERO SERRANO, 50, 2024, 15/04/2024; L. JIMENA Y C. SALCEDO, 51, 2024, 16/04/2024; C. MOLINA NAVARRETE, 52, 2024, 17/04/2024; J. LAHERA FORTEZA, 53, 2024, 22/04/2024; C. MOLINA NAVARRETE, “Las decisiones del CEDS “tomadas jurídicamente en serio”: la STSJ de 23 de abril de 2024 a la luz de la STC 61/2024, de 9 de abril”, a propósito de la sentencia aquí comentada, 54, 2024, 06/05/2024.
2. ^ ECLI:ES:TS:2013:1092.
3. ^ Ratificado por España: BOE de 29 de junio de 1985.
4. ^ Ratificada por España: BOE de 11 de junio de 2021.
5. ^ Rcd nº 149/2012, ECLI:ES:TS, 2013:1092.
6. ^ RS nº 3368/2022, ECLI:ES:TSJCAT:2022:9809.
7. ^ ECLI:ES:TS:1990:9010.
8. ^ RS nº 360/2021, ECLI:ES:TSJPV:2021:483.
9. ^ RS nº 901/2021, ECLI:ES:TSJPV:2021:1899.
10. ^ RS nº 289/2022, ECLI:ES:TSJPV:2022:1482.
11. ^ Reclamaciones colectivas planteadas por diversos sindicatos nº 106/2014, nº 158/2017, y nº 160/2018 y nº 171/2018, respectivamente, Base de datos de jurisprudencia de la Carta Social Europea, Carta HUDOC.
12. ^ J. B. VIVERO SERRANO, “El despido improcedente y el Comité Europeo de Derechos Sociales: las experiencias de Finlandia, Italia y Francia”, Briefs AEDTSS, 50, 2024, cit..
13. ^ FD 9º, rcud. nº 471/2020, ECLI:ES:TS:2022:1354; FD 7º, recud. 2142/2020, ECLI:ES:TS:2022:1427.
14. ^ “El control de convencionalidad: Cinco interrogantes”, Revista Española de Derecho Constitucional, 119, 2020, págs.. 13-51; <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.119.01>
15. ^ “¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? Sobre la extensión del amparo a la Carta de los derechos fundamentales de la UE”, Anuario

- Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25(1), 2021, pág. 81; doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.25.03>
16. ^ A. ÁLVAREZ DEL CUBILLO, “Una propuesta para la regulación de la indemnización por despido improcedente”, *Briefs de la AEDTSS*, 47, 2024, cit.
 17. ^ “El despido disciplinario en la jurisprudencia de unificación de doctrina y la reforma legislativa de 1994”, en J. GÁRATE CASTRO, *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela*, 1997, págs. 239-288.
 18. ^ *Por un nuevo marco legislativo laboral. Conclusiones del Grupo Fide sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales*, Madrid, 1 de diciembre de 2016, conclusiones n.ºs. 36 y 37; <https://thinkfide.com/wp-content/uploads/2020/11/Grupo-de-Trabajo-Fide-sobre-Derecho-Laboral-Por-un-nuevo-marco-legislativo-laboral.pdf>.
 19. ^ *El Gobierno ha comenzado la reforma del despido aprobando un anteproyecto de ley que contempla la reforma del artículo 49.1 e) del Estatuto de los Trabajadores, eliminando de su contenido la extinción del contrato de trabajo por la declaración de gran invalidez, incapacidad permanente absoluta o total del trabajador.*

§ 51 Interpretación civilista de finiquito laboral.

Antonio V. Sempere Navarro

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

Resumen: Muchas veces se ha debatido acerca del alcance que posee la transacción realizada entre las partes del contrato de trabajo. A los problemas habituales ahora se añaden otros. Primero, que se debate ante la jurisdicción civil. Segundo, que la transacción cubría las posibles reclamaciones frente a un tercer empresario. Tercero, que la reclamación versa sobre un aspecto (indebida conservación de datos laborales) especialmente sensible. La STS 18/2024, dictada por la Sala Primera del Tribunal, no se plantea la propia competencia del orden civil, ni precisa del acudimiento a regulación laboral alguna a fin de interpretar el alcance del “finiquito” existente. Considera que la transacción alcanzada en la conciliación previa al proceso judicial por despido entre el demandante y el empleador (Banco Popular) no afecta a las acciones que el mismo pudiera tener contra otra entidad (Banco Santander) por el tratamiento y cesión a terceros de sus datos personales. Finalmente concluye que la condena a dar publicidad a la sentencia en el ámbito en que se considera que tuvo repercusión esa conducta responde a la finalidad reparadora de la vulneración que tienen las medidas del art.9 LO 1/82.

Palabras clave: Jurisdicción competente. Finiquito. Protección de datos. Efectos de la transacción.

Abstract: The scope of the transaction between the parties to the employment contract has often been debated. In addition to the usual problems, there are now others. First, that it is debated before the civil jurisdiction. Second, that the transaction covered possible claims against a third party employer. Third, that the claim deals with a particularly sensitive aspect (improper retention of employment data). STS 18/2024, issued by the First Chamber of the Court, does not consider the jurisdiction of the civil order itself, nor does it require the use of any labour regulation in order to interpret the scope of the existing “settlement”. It considers that the settlement reached in the conciliation prior to the legal proceedings for dismissal between the plaintiff and the employer (Banco Popular) does not affect the actions that the employer may have against another entity (Banco Santander) for the processing and transfer of his personal data to third parties. Finally, it concludes that the order to publicise the judgment in the area in which that conduct is considered to have had an impact responds to the reparative purpose of the violation of the measures of article 9 LO 1/82.

Keywords: Competent jurisdiction. Settlement. Data protection. Effects of the transaction.

I. Introducción: unidad del problema y dualidad de jurisdicciones

Orillando las cuestiones procesales del caso y una deriva sobre las consecuencias de la estimación parcial de la demanda, lo que se acaba discutiendo aquí es el alcance que posee la transacción alcanzada entre la empresa y su empleado con ocasión de una demanda por despido. Se produce este ante la inminencia de la absorción de la empleadora por parte de otra (y, precisamente, a su instancia), razón por la que en el documento suscrito aparece expresamente mencionada la liquidación de eventuales reclamaciones frente a ese futuro empleador.

Lo que está en juego es el derecho al honor y a la protección de datos de carácter personal por cesión no autorizada de ellos. Pero las características del caso presentan una fuerte impronta laboral: el accionante ha sido trabajador en el paso de la empresa demandada y debería volver a serlo en breve plazo; se queja de que la empresa demandada ha dado instrucciones a la absorbida para que proceda a despedirlo; la empresa pretérita ha conservado en su poder, durante un largo tiempo, datos profesionales del trabajador y por eso no desea volver a tenerlo en su plantilla; la discusión principal versa sobre el alcance del finiquito suscrito con motivo del referido despido.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Primera del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 18/2024, de 9 de enero.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación e infracción procesal 572/2021.

ECLI:ES:TS:2024:34

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Datos básicos del litigio

El demandante, D. Ambrosio, prestó sus servicios profesionales en un Primer Banco (BSCH: Banco Santander Central Hispano) desde noviembre de 1990 a noviembre de 2005, fecha en que dimitió de su puesto de director de la sucursal de dicho banco en Santa Cruz de Tenerife y fue contratado por un Segundo Banco (BP, Banco Pastor). Este Segundo fue absorbido por un Tercero (BPo, Banco Popular).

Prestando servicios para Tercero (director regional de Huelva y Cádiz) se pone en marcha la adquisición del mismo por un Cuarto (BS, Banco Santander) y (en diciembre de 2017) es convocado a una reunión por la Directora de Recursos Humanos. Ella le comunica su inminente despido a instancia del Banco Cuarto como consecuencia de su pasado en dicha empresa^[1].

Semanas más tarde (13 de marzo de 2018) se le entrega carta de despido y tres días después se celebra con avenencia un acto de conciliación en el Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación de la Delegación Territorial de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía entre el demandante y Banco Tercero. Es imprescindible retener los términos de dicho acuerdo:

Banco Popular Español, S.A., admite la improcedencia del despido comunicado a D. Ambrosio con fecha 14 de marzo de 2018, pero manifiesta la imposibilidad de readmitirlo, por lo que le ofrece en concepto de indemnización por despido

improcedente la cantidad bruta total de 720.000 €; que supone un importe neto de 525.924 €. Al mismo tiempo y en concepto de liquidación, saldo y finiquito se le abonará un importe neto de 7.384,03 €.

D. Ambrosio acepta sin ningún tipo de limitación ni condicionante, con carácter firme e irrevocable, la cantidad ofrecida en concepto de indemnización por despido y encuentra conforme la liquidación de haberes practicada.

[...]

Con la percepción de las reseñadas cantidades, D. Ambrosio manifiesta expresamente no tener cantidad alguna que reclamar, sea cual sea su origen o denominación, como consecuencia de la finalización de la relación laboral entre las partes, desistiendo y renunciando expresamente al ejercicio de cualquier tipo de acción, reclamación, denuncia o queja que hubiese podido entablar, en el pasado, presente o futuro como consecuencia del vínculo profesional mantenido, ni contra Banco Popular Español, S.A., ni contra cualquier (sic) de las sociedades que directa o indirectamente, formen parte del Grupo Santander, ni contra el personal que pudiera pertenecer o haber pertenecido a las mismas.

La fusión por absorción de Banco Popular por Banco Santander tuvo lugar unos meses después de estos hechos.

2. Acción civil entablada

Ocho meses después de alcanzar ese acuerdo y evitar el proceso social por despido, el trabajador presenta una demanda ante la jurisdicción civil. En ella interesaba:

- Que se declare probada la existencia en poder de Cuarto (Banco Santander S.A.) de un fichero automatizado en el que se encuentran almacenados datos personales suyos
- Que Cuarto ha conservado de forma ilícita dicho fichero a lo largo de los años, vulnerando sus derechos fundamentales al honor y a la protección de datos de carácter personal.
- Que se ordene la cancelación de cualquier dato personal del demandante que obre en los archivos automatizados de Cuarto.
- Que se condene a Cuarto a indemnizarle en 600.000 euros.
- Que se condene a Cuarto a dar publicidad a la sentencia a través de su correo interno a sus empleados, así como a publicarla en un periódico de tirada nacional a su costa.

3. Sentencia del Juzgado

Mediante su sentencia 80/2020 de 13 de marzo el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Sevilla estimó parcialmente la demanda:

1º) Declara que Cuarto vulneró los derechos fundamentales al honor y a la protección de datos de carácter personal del actor, mediante la cesión no autorizada de datos personales que retenía, de contenido inveraz, y que comprometían su reputación y proyección profesional, a Tercero.

2º) Condenar a Cuarto a que abone la suma principal de 50.000 euros (cincuenta mil euros).

3º) Condena a Cuarto a que cancele cualquier dato del mismo que pudiera obrar en sus archivos, excepción hecha de la relacionada con los productos contratados a favor de su hija menor de edad.

4º) Condena a Cuarto a dar publicidad del fallo de la sentencia a través del correo interno de sus empleados.

5º) No impone las costas procesales.

4. Sentencia de la Audiencia Provincial

Mediante su sentencia 463/2020, de 3 de diciembre la Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Banco Cuarto, confirmó íntegramente la sentencia de instancia e impuso las costas a la parte apelante.

IV. Posición de las partes

Disconforme con esa condena, el Banco ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

1. Demandante

A) Sostiene que hay infracción procesal en la sentencia de segunda instancia, vulnerándose su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) porque alcanza una conclusión errónea, arbitraria e ilógica de la prueba practicada, pues considera que los datos supuestamente cedidos no eran veraces, cuando es el propio demandante el que confirmó su veracidad.

B) Respecto del tema de fondo denuncia la infracción de los artículos 1281 y 1815 del Código Civil. Achaca a la sentencia recurrida una interpretación ilógica e irracional del acuerdo (renuncia) firmado por las partes pues le atribuye un carácter limitado que no tiene. La voluntad de las fue de transar (con la consiguiente renuncia de acciones) todo lo relativo al vínculo profesional mantenido, inclusive la supuesta vulneración de derechos fundamentales que conllevó el despido.

C) También se queja de que la sentencia condena a dar publicidad al fallo a través del correo interno de los empleados de Cuarto, pese a que la cesión de los datos personales del demandante fue entre los departamentos de recursos humanos de Tercero y Cuarto, lo que supone dar una difusión al fallo mayor que el que tuvo la intromisión en el derecho al honor.

2. El accionante y el Ministerio Fiscal

Tanto el demandante cuanto el Ministerio Fiscal han argumentado en favor de la solución dada por los órganos jurisdiccionales de instancia y en contra del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

1. Código Civil

Conforme al artículo 1283 CC, *Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar.*

Por su lado, dentro de un específico Capítulo sobre transacciones, el artículo 1816 CC prescribe que *La transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella, o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma. La renuncia general de derechos se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre que ha recaído la transacción.*

2. Ley Orgánica 1/1982

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen dedica su artículo 9º a precisar el alcance de la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en tales derechos.

Con carácter general *La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate.*

Con carácter particular enumera, entre otras, *el restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del*

derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.

VI. Doctrina básica.

1. Valoración de lo acaecido

El motivo de infracción procesal sostiene que los datos transmitidos son veraces y que así se desprende de la prueba practicada, siendo el propio demandante quien aceptó que esas anomalías abocaron a su salida de Primero.

La STS estudiada recuerda que la LEC no admite revisión de hechos probados en la casación y que solo, por vía del artículo 24 CE, cabe corregir las valoraciones probatorias que contravengan el canon de racionalidad que debe presidir la adopción de cualquier decisión judicial^[2].

Esa estrecha apertura no permite el éxito del motivo de infracción procesal pues los tribunales de instancia han valorado la prueba en su totalidad. En ella aparece una manifestación del propio trabajador negando que su conducta hubiera sido irregular pues las operaciones que provocaron pérdidas se habrían hecho con conocimiento y con supervisión del Banco^[3].

2. Interpretación de los contratos

Una primera base doctrinal de la STS 18/2024 remite a la consolidada doctrina civilista sobre interpretación de los contratos por parte de los órganos judiciales. Se configura como función de los tribunales de instancia, por lo que la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por aquella en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba. La lógica salvedad surge cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario. Por ello salvo en estos casos, prevalecerá el criterio del tribunal de instancia aunque la interpretación contenida en la sentencia no sea la única posible, o pudiera caber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud^[4].

3. Interpretación de los acuerdos transaccionales

La doctrina civil^[5] viene sosteniendo que la previsión del artículo 1815 CC debe tomarse muy en cuenta y no tenerse como mera reiteración de las reglas sobre interpretación de los contratos. Por el contrario, ese precepto constituye un precepto interpretativo especial que ordena una limitación de los criterios hermenéuticos, en el sentido de que la interpretación ha de referirse a las palabras o términos utilizados. Esa limitación se refiere al objeto de la transacción, es decir, a la controversia o disputa.

Dicho abiertamente: la transacción es de interpretación estricta en cuanto se refiere a su objeto, que ha de estar expresado determinadamente, o inducirse necesariamente de los términos empleados.

4. Enfoque casacional o defensivo

La propia ontología casacional aboca a que se examine la cuestión desde la perspectiva de eventual censura a la solución dada en las instancias.

La interpretación ahora combatida considera que la transacción alcanzada entre el demandante y Tercero, en la fase de mediación previa a un proceso sobre despido en la jurisdicción social, en la que se considera que el objeto del acuerdo transaccional se ciñó a la disputa existente entre esas partes no alcanzó a las acciones que pudiera tener el demandante frente a Cuarto como consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales que hubiera podido causar el tratamiento durante unos doce años, y su posterior cesión a Tercero, de datos personales del demandante que lo

asociaban al perfil de un empleado con riesgo reputacional por la comisión de irregularidades en su desempeño profesional pretérito.

5. Limitado alcance del finiquito

Para respaldar la reseñada interpretación sobre el alcance de la transacción laboral la STS 18/2024 aporta varios argumentos:

- El acuerdo transaccional se alcanzará en el seno de una reclamación por despido y Tercero ofrece una indemnización por despido improcedente y liquidación de haberes, como contrapartida por la renuncia de acciones.
- La renuncia de acciones lo fue porque, con la percepción de las cantidades acordadas, manifestaba no tener nada que reclamar como consecuencia de la finalización de la relación laboral entre las partes.
- El Cuarto no es una de las partes de la relación laboral finiquitada, por más que estuviera negociando la absorción de Tercero.
- La causa del despido (Tercero usa datos facilitados por Cuarto) no supone que la solución dada en las instancias sea errónea, ilógica o infractora del art. 1281 CC.
- La cláusula de renuncia de acciones ciñe su objeto a las acciones del demandante contra Tercero derivadas de su despido y a cualesquiera relacionadas con su vínculo profesional con dicho banco.
- Es razonable sostener que el finiquito no afecta a las acciones que el demandante pudiera tener contra otra entidad (Cuarto) por el tratamiento y cesión a terceros de datos personales.

6. Publicidad del fallo

La sentencia recurrida parte de la premisa (no desvirtuada) de que el despido (calificado como "abrupta salida") del demandante como consecuencia del ilegítimo tratamiento y cesión de datos personales tuvo trascendencia más allá de los departamentos de recursos humanos de Cuarto y Tercero.

Por tanto, la condena a dar una publicidad a la sentencia en el ámbito en que se considera que tuvo repercusión esa conducta no solo no es contraria sino que responde a la finalidad reparadora de la vulneración que tienen las medidas previstas en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

VII. Parte dispositiva

Como consecuencia de los razonamientos desenvueltos, favorables a la parcial estimación de la demanda, la Sala Primera del Tribunal Supremo:

A) Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la empresa demandada.

B) Desestima el recurso de casación interpuesto por dicha mercantil.

C) Le impone el pago de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

D) Acuerda la pérdida de los depósitos constituidos.

VIII. Pasajes decisivos

El apartado 3 del Fundamento de Derecho Tercero reproduce el tenor del artículo 1815 del Código Civil y de ahí extrae la importante consecuencia de que en la transacción no puede entenderse comprendido un problema distinto al que describe ese acuerdo de voluntades:

Esta norma no es repetitiva del artículo 1283 del Código Civil, en el que se descarta que el contrato comprenda cosas distintas y casos diferentes de aquellos

sobre los que las partes quisieron contratar. El primer párrafo del art. 1815 del Código Civil constituye un precepto interpretativo especial que ordena una limitación de los criterios hermenéuticos, en el sentido de que la interpretación ha de referirse a las palabras o términos utilizados. Esa limitación se refiere al objeto de la transacción, es decir, a la controversia o disputa. Esto es, que la transacción es de interpretación estricta en cuanto se refiere a su objeto, que ha de estar expresado determinadamente, o inducirse necesariamente de los términos empleados.

IX. Comentario

Son muchas las ocasiones en que la jurisprudencia social ha debido ocuparse de asuntos en que la empresa demandada oponía a la reclamación la existencia de un previo y documentado acuerdo. Resulta comentario inmejorable ahora el recordatorio de alguno de sus criterios principales^[6].

1. Identificación

Tradicionalmente el finiquito era el modo por el que quedaba formalizada la finalización de la relación laboral, por mutuo acuerdo. Más adelante también se incluyó en esta figura la extinción del contrato debida a baja voluntaria del trabajador o a dimisión expresamente aceptada por el empresario.

Actualmente el término se ha ampliado comprendiendo cualquier forma de extinción de la relación laboral que va seguida de un acuerdo entre empresario y trabajador. Es frecuente encontrar situaciones en las que, tras un despido disciplinario, empresario y trabajador llegan a un acuerdo y lo reflejan en el pertinente finiquito, entendiéndose por la jurisprudencia que a la inicial voluntad extintiva del empresario se superpone el mutuo acuerdo entre empresario y trabajador y es éste el que pone fin al contrato.

También se viene aceptando la denominación de “finiquito” para aquellos documentos que reflejan el acuerdo entre empresario y trabajador tras un ERE, un despido objetivo, una baja por jubilación, expiración del tiempo pactado.

Es manifestación externa de un mutuo acuerdo de las partes, que constituye causa de extinción de la relación laboral, según el artículo 49.1a) ET, es decir, expresión de un consentimiento que, en principio, debe presumirse libre y conscientemente emitido y recaído sobre la cosa y causa que han de constituir el contrato, artículo 1262 CC y, por ello, para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato debe incorporar una voluntad unilateral del trabajador, un mutuo acuerdo sobre la extinción o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario^[7].

El segundo aspecto que, aunque no necesario, suele contenerse en el finiquito, es la liquidación (se suele hacer referencia en el documento a “saldo y finiquito”) de las cantidades pendientes de abono, como consecuencia de la relación laboral. Dicha liquidación puede contener conceptos laborales netamente salariales, o incluso de índole extralaboral.

Asimismo, el finiquito puede servir de recibo acreditativo de que se ha abonado efectivamente la cantidad en él consignada, por lo que suele contener expresiones como “en prueba de recibirlo firma...”, “recibí” “no teniendo nada más que pedir ni reclamar”.

2. Eficacia liberatoria

Doctrina consolidada^[8] viene realizando diversas apreciaciones respecto de su eficacia, en términos emparentados con los que la STS Civil comentada ha utilizado:

- Su valor liberatorio está en función del alcance de la declaración de voluntad que incorpora y de la ausencia de vicios en la formación y expresión de ésta.
- Hay que distinguir lo que es simple constancia y conformidad a una liquidación de lo que es aceptación de la extinción de la relación laboral.

- En el momento en que suele procederse a esta declaración –coincidiendo con la extinción del contrato de trabajo– existe un riesgo importante de que estos dos aspectos se confundan, especialmente cuando la iniciativa de la extinción ha correspondido al empresario.
- La ejecutividad de esta decisión, con su efecto inmediato de cese de las prestaciones básicas del contrato de trabajo, lleva a que la aceptación del pago de la liquidación de conceptos pendientes –normalmente, las partes proporcionales devengadas de conceptos de periodicidad superior a la mensual, pero también otros conceptos– coincida con el cese y pueda confundirse con la aceptación de éste.
- La aceptación de estos pagos ante una decisión extintiva empresarial no supone conformidad con esa decisión, aunque la firma del documento parta de que se ha producido esa decisión y de sus efectos reales sobre el vínculo.

Su eficacia jurídica no supone en modo alguno que la fórmula de «saldo y finiquito» tenga un contenido o carácter sacramental con efectos preestablecidos y objetivados, de modo que aquella eficacia se imponga en todo caso, abstracción hecha de las circunstancias y condicionamientos que intervienen en su redacción^[9].

3. Efecto extintivo.

Para que el finiquito produzca el efecto extintivo del contrato, es necesario que del mismo se derive una voluntad clara e inequívoca del trabajador de dar por concluida la relación laboral, puesto que «para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato, debería incorporar una voluntad unilateral del trabajador de extinguir la relación, un mutuo acuerdo sobre la extinción, o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario»^[10].

Hay que respetar el derecho del trabajador [art. 49.1 ET] a extinguir voluntariamente su contrato o a conciliar sus intereses económicos con el empleador, y, también infringiría la norma común de contratación establecida en el artículo 1256 del Código Civil que sanciona con nulidad el contrato cuyo cumplimiento quede al arbitrio de una de las partes contratantes^[11].

Pero para que la disposición sea válida será necesario que el acuerdo se produzca para evitar o poner fin a una controversia [...], sin que puedan aceptarse declaraciones genéricas de renuncia que comprenden derechos que no tienen relación con el objeto de la controversia^[12].

4. Control judicial

El finiquito viene sometido como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa a un control judicial. Control que debe recaer, fundamentalmente, sobre todos aquellos elementos esenciales del pacto previo –mutuo acuerdo, o en su caso transacción– en virtud del cual aflora al exterior y es, con motivo de este examen e interpretación, cuando puede ocurrir que el finiquito pierda su eficacia normal liberatoria, sea por defectos esenciales en la declaración de la voluntad, ya por falta del objeto cierto que sea materia del contrato o de la causa de la obligación que se establezca [art. 1261 CC], ya por ser contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros^[13].

5. Reglas interpretativas

Debe reconocerse a los finiquitos, como expresión que son de la libre voluntad de las partes, la eficacia liberatoria y extintiva definitiva que les corresponda en función del alcance de la declaración de voluntad que incorporan. Y que es posible que el documento no exteriorice, inequívocamente, una intención o voluntad extintiva o liquidatoria de las partes, o que su objeto no esté suficientemente precisado, como exige el art. 1815.1 del CC. De ahí que las diversas fórmulas que se utilizan en tales

documentos están sujetas a los reglas de interpretación de los contratos del Código Civil que, entre otros cánones, obligan a estar al superior valor que el art. 1.281 atribuye a la intención de las partes sobre las palabras, y a la prevención del art. 1289 de que no deberán entenderse comprendidos cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar, pues no se trata de una fórmula sacramental, con efectos preestablecidos y objetivados^[14].

6. *Elenco jurisprudencial*^[15]

- Para que el documento denominado finiquito produzca el efecto extintivo del contrato, es necesario que del mismo se derive una voluntad clara e inequívoca del trabajador de dar por concluida la relación laboral^[16]. Si la misma existe, ha de tenerse como eficaz, aunque sea respecto de la terminación de un contrato temporal que se considere fraudulento^[17].
- La firma del finiquito no supone automáticamente conformidad con la extinción de la relación laboral^[18].
- El efecto liberatorio sólo se presume respecto de las partidas salariales que aparezcan suficiente y expresamente detalladas en el documento suscrito^[19], pero una fórmula globalizadora, que acompaña al percibo de cuantía muy elevada, puede comprender todas los conceptos adeudados^[20].
- El finiquito carece de valor liberatorio si el objeto tomado como base no se ajustaba a la realidad, dado que con fecha posterior a su firma, y con efecto retroactivo a tal momento, se reconocieron diferencias salariales por sentencia^[21].
- El recibo de finiquito suscrito en un pleito por despido no implica renuncia a los derechos del trabajador despedido en relación con un plan de previsión social existente en la empresa^[22]; así ocurre en particular cuando en el acuerdo transaccional consta la baja en el régimen de previsión del personal, pero no una renuncia expresa a los derechos futuros que se deriven de la pertenencia a dicho plan de previsión^[23].
- El finiquito es válido y posee efectos liberatorios si existe una sentencia anterior dictada en proceso de conflicto colectivo declarando que los derechos consolidados son transigibles y la actitud del trabajador revela que transigió sobre este extremo cuando fue despedido^[24].
- El alcance liberatorio del finiquito no puede alcanzar a cantidades que están todavía sin devengar y que no son controvertidas^[25].
- Carece de eficacia liberatoria el finiquito extendido en un documento impreso normalizado, suscrito, tras la comunicación de despido, por trabajador que padece trastorno de ansiedad generalizada y con una liquidación que supone la renuncia a la mitad de la indemnización que le corresponde^[26].
- Carece de valor liberatorio el finiquito suscrito en un impreso normalizado tras la finalización de un contrato temporal celebrado en fraude de ley, a iniciativa del empresario^[27].
- Carece de valor liberatorio el finiquito suscrito tras la interposición de papeleta de conciliación previa a la demanda por despido, sin mediar transacción alguna, ni referencia concreta a los términos del despido, ni a su posible indemnización ni a la renuncia del trabajador a impugnarlo^[28].
- Carece de eficacia liberatoria el finiquito que se suscribe simultáneamente a la entrega de una carta de despido por causas objetivas, toda vez que la relación ha quedado previamente extinguida por decisión unilateral de la empresa y no queda patente la conformidad del trabajador con dicha extinción^[29].

- Carece de eficacia extintiva de la relación laboral, por ausencia de voluntad resolutoria, al tratarse de una mera regularización económica de la situación entre las partes, el finiquito firmado tras el agotamiento del periodo máximo de incapacidad temporal, situación en la que la empresa cesa en la obligación de pago delegado y cotización pero el contrato sigue suspendido^[30].
- Carece de eficacia extintiva de la relación laboral el documento suscrito, tras la comunicación verbal del despido, con una indemnización sensiblemente inferior a la legal^[31]; tampoco la tiene cuando la empresa reconoce la improcedencia del despido y ofrece al trabajador una indemnización inferior a la legal, que además nunca llegó a abonar^[32].
- El valor liberatorio del finiquito sólo alcanza a los conceptos salariales expresamente incluidos en el mismo, no pudiendo concluirse que la renuncia general contenida en el documento comprende el derecho a reaccionar frente al despido al no existir constancia de la conformidad del trabajador con la extinción contractual^[33].
- Carece de eficacia extintiva de la relación laboral el documento suscrito tras la comunicación de fin de contrato por terminación de la obra, sin desglose de cantidades y sin mención de los conceptos incluidos en el importe final^[34].
- Carece de valor liberatorio del finiquito suscrito por el trabajador tras ser despedido disciplinariamente, o haberle comunicado la empresa la extinción de su contrato temporal, cuando en el documento no consta transacción, ni desistimiento unilateral ni mutuo acuerdo, teniendo un contenido meramente abdicativo de renuncia a la acción de despido contraria al art. 3.5 ET^[35].
- Carece de efecto liberatorio el finiquito en cuanto a las cantidades derivadas de la realización de horas extras, que constan efectivamente realizadas por el trabajador y, con respecto a las que se renunciaba genéricamente en dicho documento, sin abono de cantidad alguna por tal concepto^[36].
- Carece de efecto liberatorio el finiquito por vicio en el consentimiento, al constatar el error del trabajador, que firmó el documento en la creencia de que la indemnización ofrecida y aceptada correspondía a la legal por despido improcedente, cuando no era así^[37].
- Carece de valor liberatorio el finiquito en cuanto a la indemnización correspondiente al despido, respecto a la que se renuncia genéricamente en dicho documento sin abono de cantidad alguna por tal concepto^[38].
- Se reconoce efecto liberatorio al finiquito suscrito tras el reconocimiento por la empresa de la improcedencia del despido, pero a los solos efectos de evitar el pleito, con ofrecimiento de una indemnización sensiblemente inferior a la que correspondería si tal improcedencia se hubiera declarado judicialmente, sin que la posterior disconformidad del trabajador con el ulterior documento de finiquito y liquidación que contiene la indemnización tenga relevancia al haberse producido ya la transacción^[39].
- Carece de efecto liberatorio el finiquito, cuya eficacia extintiva de la relación no se discute, en cuanto al *bonus* y los salarios de preaviso, no incluidos en el documento, por lo que dichos conceptos son susceptibles de reclamación al poseer trascendencia como para apreciar la desproporción entre lo saldado y lo pendiente^[40].
- La utilización de una forma epistolar el uso solo tiene el valor liberatoria que corresponde a la ordinaria y habitual liquidación de los pagos pendientes al fin del contrato de trabajo, sin que pueda alcanzar a

conceptos no comprendidos expresamente en el mismo (descanso compensatorio), máxime cuando su importe excede con mucho lo reconocido en aquel^[41].

- Carece de valor liberatorio el documento de finiquito que no hace referencia a las cantidades que la empresa reclama al trabajador por abono indebido de salarios, aun cuando la liquidación se hubiera preparado por la empresa y fuera posterior a la interposición de la demanda^[42].

X. Apunte final

La STS-CIV 18/2024 aborda una cuestión que bien pudiera haber desembocado en los Juzgado de lo Social. Un antiguo trabajador demanda a su pretérita empleadora, argumentando que durante muchos años ha conservado y tratado de forma indebida algunos datos profesionales suyos. Sin embargo, ha optado por hacerlo en el ámbito civil, lo que quizá haya influido en el enfoque de fondo: la transacción alcanzada entra su actual empleador y el trabajador no puede incorporar válidamente la renuncia a reclamaciones frente al antiguo. La cuestión abre múltiples interrogantes. ¿No es la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales adecuada para reclamar frente al empleador y terceros por la vulneración de los derechos laborales? ¿No es la jurisdicción social la competente para pronunciarse sobre cuestiones derivadas del contrato de trabajo? ¿No es posible tener en cuenta que el finiquito alcanzado (con elevada indemnización) se facilitó ante la prevista absorción de empresas?

En cuanto al fondo, la jurisprudencia civil y la social poseen similares puntos de vista y criterios acerca de cómo debe interpretarse la declaración de voluntad reflejada en el documento extintivo de la relación laboral que alberga también una transacción global de derechos y obligaciones.

Las previsiones del artículo 44 ET (aunque no traído al debate civil) pueden ayudar a entender la manifestación contenida en el documento de finiquito sobre renuncia a posteriores reclamaciones frente al futuro empresario (resultante del proceso de fusión o absorción). Hubiera sido necesario especificar que se referían a algo diverso al despido transado y eso no sucede, sino que se recurrió a la genérica fórmula que la jurisprudencia social viene privando de eficacia práctica.

En realidad, el debate acerca de la calidad de los datos transferidos de uno a otro Banco, la determinación del régimen aplicable por razón de temporalidad, la cuantificación del daño a resarcir, o la posibilidad de aplicar regulaciones especiales de carácter financiero son algunas de las cuestiones que han quedado al margen de este interesante supuesto.

Referencias:

1. [^] En concreto, BS no desea incorporarlo a su plantilla como consecuencia de hechos acontecidos durante la etapa en la que trabajó para Banco Primero como director de la sucursal en Santa Cruz de Tenerife. Esos hechos consistían en determinadas irregularidades en la venta/contratación de productos derivados con algunos clientes.
2. [^] La STS 687/2022, de 24 de octubre, habla de infracción de una norma tasada de valoración de la prueba o cuando esta incurre en errores fácticos de constatación objetiva y trascendencia acreditada en la decisión del proceso que resultan patentes, manifiestos, evidentes o notorios e

inmediatamente verificables de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

3. *^ Seguramente está presenta la idea acogida por la STS 284/2009 de 24 abril (rec. 2221/2002): si los datos son falsos, aunque no exista vulneración a la intimidad (por mediar un interés legítimo en su conocimiento), habría intromisión ilegítima en el derecho al honor por cuanto es una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta contra su propia estimación.*
4. *^ Por todas, SSTS-CIV 98/2021 de 26 marzo y 1577/2023 de 15 noviembre.*
5. *^ Por ejemplo, STS 706/2006 de 7 julio.*
6. *^ Doctrina recopilada al respecto en STS 3 diciembre 2014 (rcud. 2253/2013).*
7. *^ STS 26 noviembre 2001 (rcud. 4625/2000).*
8. *^ Por ejemplo, SSTS 24 junio 1998 (rcud. 3464/1997); 22 noviembre 2004 (rcud. 642/2004); 13 mayo 2008 (rcud. 1157/2007); 21 julio 2009 (rcud. 1067/2008); 14 junio 2011 (rcud. 3298/2010).*
9. *^ SSTS 18 noviembre 2004 (rcud. 6438/2003); 19 octubre 2010 (rcud. 270/2010); 11 noviembre 2010 (rcud. 1163/2010); 22 marzo 2011 (rcud. 804/2010).*
10. *^ SSTS 28 octubre 1991 (rcud. 1093/1990); 31 marzo 1992 (rcud. 1009/1991); 7 diciembre 2004 (rcud. 320/2004); 13 mayo 2008 (rcud. 1157/2007); 21 julio 2009 (rcud. 1067/2008).*
11. *^ SSTS 28 febrero 2000 (rcud. 4977/1998); 28 abril 2004 (rcud. 4247/02).*
12. *^ Referidas a finiquito en despido, SSTS 21 julio 2009 (rcud. 1067/2008); 19 octubre 2010 (rcud. 270/2010); 22 marzo 2011 (rcud. 804/2010); 14 junio 2011 (rcud. 3298/2010).*
13. *^ SSTS 28 febrero 2000 (rcud. 4977/1998); 24 julio 2000 (rcud. 2520/1999).*
14. *^ Entre muchas, SSTS 26 junio 2007 (rcud. 3314/2006); 13 mayo 2008 (rcud. 1157/2007); 11 junio 2008 (rcud. 1954/2007); 21 julio 2009 (rcud. 1067/2008); 10 noviembre 2009 (rcud. 475/2009).*
15. *^ Tomado de los Estudios de jurisprudencia Social Unificada; Cavas Martínez y Sempere Navarro, Aranzadi.*
16. *^ SSTS 28 octubre 1991 (RJ 1991, 7676), 31 marzo 1992 (RJ 1992, 1896) y 16 noviembre 2010 (RJ 2010, 9148).*
17. *^ SSTS 26 noviembre 2001 (RJ 2002, 983) (Ponente, Sr. Martínez Garrido); 22 noviembre 2004 (RJ 2005, 1057); 7 diciembre 2004 (RJ 2005, 1990).*
18. *^ STS 24 junio 1998 (RJ 1998, 5788) (Ponente, Sr. Desdentado Bonete).*
19. *^ STS 28 febrero 2000 (RJ 2000, 2758) (Sala General; Ponente, Sr. Sampedro Corral; Voto Particular de los Sres. Desdentado Bonete y Ríos Salmerón); 11 junio 2008 (RJ 2008, 5158).*
20. *^ SSTS 18 noviembre 2004 (RJ 2005, 1588) (Ponente, Sr. Samper Juan); 26 junio 2007 (RJ 2007, 6124); 26 febrero 2008 (RJ 2008, 3864).*
21. *^ STS 24 julio 2000 (RJ 2000, 8199) (Ponente, Sr. Botana López).*
22. *^ SSTS de 11 noviembre 2003 (RJ 2003, 8809) (Ponente, Sr. Moliner Tamborero);*
23. *^ STS de 17 diciembre 2012 (RJ 2013, 1410) (Ponente, Sr. Gilolmo López).*
24. *^ STS de 9 julio 2007 (RJ 2007, 5489) (Ponente, Sr. Martínez Garrido).*
25. *^ STS 28 abril 2004 (RJ 2004, 4361) (Ponente, Sr. Desdentado Bonete).*
26. *^ STS de 21 julio 2009 (RJ 2009, 5528) (Ponente, Sr. De Castro Fernández).*

27. ^ SSTS de 19 octubre 2010 (RJ 2010, 7814)(Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga); 11 noviembre 2010 (RJ 2010, 8828); 12 marzo 2012 (RJ 2012, 5423).
28. ^ STS de 14 junio 2011 (RJ 2011, 5337)(Ponente, Sr. Alarcón Caracuel).
29. ^ SSTS de 28 noviembre 2011 (RJ 2012, 1483)(Ponente, Sr. De Castro Fernández) y 3 diciembre 2014 (RJ 2014, 6761)(Ponente, Sr. Sempere Navarro).
30. ^ STS de 20 diciembre 2011 (RJ 2012, 3506)(Ponente, Sra. Calvo Ibarlucea).
31. ^ STS de 7 junio 2012 (RJ 2012, 8724)(Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga).
32. ^ STS de 27 marzo 2013 (RJ 2013, 6068)(Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga).
33. ^ STS de 23 diciembre 2011 (RJ 2012, 248)(Ponente, Sr. López García de la Serrana).
34. ^ SSTS de 22 enero 2013 (RJ 2013, 1424)(Ponente, Sra. Arastey Sahún); 8 julio 2013 (RJ 2013, 6257) y 10 julio 2013 (RJ 2013, 6259).
35. ^ SSTS de 26 febrero 2013 (RJ 2103, 4121)(Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga) y 13 mayo 2013 (RJ 2013, 6079).
36. ^ STS de 24 julio 2013 (RJ 2013, 6796)(Ponente, Sr. Salinas Molina).
37. ^ STS de 2 diciembre 2013 (RJ 2014, 120)(Ponente, Sr. López García de la Serrana).
38. ^ STS de 4 diciembre 2013 (RJ 2014, 1010)(Ponente, Sra. Virolés Piñol).
39. ^ STS de 9 abril 2014 (RJ 2014, 2600)(Ponente, Sr. Luelmo Millán).
40. ^ STS de 15 septiembre 2014 (RJ 2014, 5118)(Ponente, Sra. Calvo Ibarlucea).
41. ^ STS de 14 diciembre 2017 (RJ 2017, 6121)(Ponente, Sr. Moralo Gallego).
42. ^ STS, Pleno, de 30 enero 2019 (RJ 2019, 1000)(Ponente, Sra. Arastey Sahún, con voto particular del magistrado López García de la Serrana al que se adhieren el magistrado Salinas Molina y las magistradas Segoviano Astaburuaga y Virolés Piñol).

§ 52 Madre trabajadora a tiempo parcial, pero el parto es a tiempo completo.

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Galicia).

Resumen: A mediados de la década de los noventa, la legislación española estableció que, en el supuesto de trabajadores a tiempo parcial, el cálculo de las carencias necesarias para acceder a las prestaciones de Seguridad Social se realizaría atendiendo a las horas trabajadas. Esta regla ha motivado varias cuestiones de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y varias cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión europea por atentar contra el principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo al tratarse de un colectivo mayormente feminizado. Tales asuntos motivaron cambios normativos con los cuales se pretendió eliminar las discriminaciones apreciadas. Pero los problemas, si bien cada vez más puntuales, se siguen manteniendo, y la sentencia comentada se enfrenta a uno de ellos en relación con el cómputo de los periodos de cotización asimilados por parto en el supuesto de una trabajadora a tiempo parcial, que resuelve con una interpretación de legalidad ordinaria que hace innecesario el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad. La reciente derogación de la regla introducida a mediados de la década de los noventa debería acabar con todos los problemas; en todo caso, la sentencia comentada sienta una doctrina que debería alejar toda duda interpretativa futura en relación con el cómputo de dichos periodos de cotización.

Palabras clave: Trabajos feminizados. Trabajo a tiempo parcial. Periodos de cotización asimilados por parto.

Abstract: In the mid-1990, Spanish legislation established that, in the case of part-time workers, the calculation of the social security contributions necessary to access Social Security benefits would be carried out based on the hours worked. This rule has given rise to several constitutional questions before the Constitutional Court and several preliminary rulings before the Court of Justice of the European Union for violating the principle of equality and the prohibition of discrimination based on sex as it concerns a largely feminized group. Such issues motivated regulatory changes intended to eliminate the discriminations seen. But the problems, although increasingly specific, continue to persist, and the commented ruling addresses one of them in relation to the calculation of assimilated social security contributions by childbirth in the case of a part-time female worker, which resolves with an interpretation of ordinary legality that made it unnecessary to raise a question of constitutionality. The recent repeal of the rule introduced in the mid-1990s should put an end to all problems; in any case, the commented ruling establishes a doctrine that should remove any interpretative future doubt in relation to the calculation of said contribution periods.

Keywords: *Feminized jobs. Part-time work. Contribution periods assimilated by childbirth.*

I. Introducción

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina resuelto en el sentencia objeto de comentario se centra en determinar cómo se computan, de conformidad con la fórmula contemplada en el artículo 247 de la LGSS, los periodos de cotización asimilados por parto establecidos en el artículo 235 de la LGSS para el periodo de carencia exigible en el acceso a la pensión de incapacidad permanente (por extensión, también para la pensión de jubilación) que reclama una madre trabajadora a tiempo parcial.

A los efectos de computar esos periodos ficticios, las opciones interpretativas son dos: integrarlos dentro de la fórmula contemplada para calcular la carencia en los contratos de trabajo a tiempo parcial en el artículo 247 de la LGSS, lo que conduce al resultado de exigir una mayor carencia y recorta la efectividad del beneficio; o computarlos separadamente, lo que conduce al resultado contrario y mantiene la efectividad del beneficio en su completud.

La reforma del artículo 247 de la LGSS abordada por el Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, ratifica la solución alcanzada en la sentencia objeto de este comentario.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 689/2024, de 9 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 4369/2021.

ECLI:ES:TS:2024:2706

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La trabajadora demandante, casada y madre de tres hijos, ha prestado servicios con varios contratos de trabajo a tiempo parcial para diferentes empresas, teniendo un total de 2.814 días en alta como trabajados y un total de 588 días completos como cotizados.

A instancia del INSS y tras agotar la duración máxima de la incapacidad temporal, se inició expediente de incapacidad permanente. La prestación fue denegada por no reunir el periodo mínimo de cotización exigido. A los efectos de verificar tal periodo y en aplicación del artículo 247 de la LGSS, se tomó en consideración el periodo asimilado a cotización por parto (112 días x 3 hijos = 336 días). De este modo salió un coeficiente reductor del 29,33% ($588 + 336 \times 100 / 2.814 + 336 = 29,33\%$), y, según los cálculos realizados por la entidad gestora, las cotizaciones computables ($588 + 336 = 924$) no cumplirían con la carencia.

No conforme la trabajadora con tal decisión administrativa, formuló demanda rechazando la inclusión del periodo de asimilación a cotización por parto en el cálculo establecido en el artículo 247 de la LGSS, lo que determinaría un coeficiente reductor del 20,9% ($588 \times 100 / 2.814 = 20,9\%$), con lo cual la carencia exigida sería inferior a la contemplada por la entidad gestora, a saber sería tan solo de 800 días ($2.814 \times$

20,9% = 800 días), que en el caso sí estaría cumplida (588 días cotizados más 336 días ficticios).

El Juzgado de lo Social 3 de Pontevedra, que conoció del asunto, estimó la demanda atendiendo a los argumentos desplegados por la trabajadora en la demanda rectora.

Dicha sentencia fue recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el cual dictó sentencia el 9 de noviembre de 2021 (Rec. Sup. 1841/2021), desestimatoria del recurso de suplicación, aunque no por los mismos argumentos que la sentencia de instancia sino argumentando la inconstitucionalidad del artículo 247 de la LGSS y, en base a esa inconstitucionalidad, considerando que, a los efectos del cálculo del periodo de carencia exigido, se debería realizar ese cálculo atendiendo a la regla aplicable si el trabajo fuera a tiempo completo.

Por el Instituto Nacional de la Seguridad Social se formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina invocando como contradictoria la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 28 de mayo de 2021 (Rec. Sup. 295/2021).

IV. Posición de las partes

El INSS (parte demandada recurrente en suplicación y luego en casación) solicita la estimación del recurso de casación y desestimación de la demanda rectora de actuaciones alegando que la aplicación del artículo 247 de la LGSS conduce a la falta de la carencia exigida y que, de considerar esa ley inconstitucional, los órganos judiciales no pueden inaplicarla sin más, sino que deberían plantear cuestión de constitucionalidad ante el TC.

La trabajadora demandante (ahora recurrida) solicita la desestimación del recurso de casación ateniéndose a lo alegado como sustento de la demanda rectora de actuaciones.

El Ministerio fiscal consideró correcta la sentencia referencial, con lo cual solicitó la estimación del recurso de casación y desestimación de la demanda rectora de actuaciones.

V. Normativa aplicable al caso

LGSS, artículo 235 (redacción vigente, que es también la redacción aplicable al caso): “A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple”.

LGSS, art. 247 (redacción aplicable al caso, que es anterior al RDL 2/2023, de 16 de marzo): “A efectos de acreditar los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Se tendrán en cuenta los distintos periodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos. A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el periodo de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada periodo. Al

número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

b) Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a), sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. En caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años. Si se trata del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.

c) El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad a que se refiere la letra b).

En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación".

LGSS, art. 247 (redacción vigente proveniente del RDL 2/2023, de 16 de marzo; aunque inaplicable al caso de autos, la sentencia comentada lo reproduce en su completa literalidad): "A efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos".

VI. Doctrina básica

Los periodos de cotización asimilados por parto establecidos en el artículo 235 de la LGSS no pueden verse reducidas en su computo a la hora de obtener el periodo de carencia de la pensión que se reclama, aunque la madre trabajadora lo sea a tiempo parcial.

VII. Parte dispositiva

(1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS, contra la Sentencia de 09/11/2021 del TSJ/Galicia (Rec. Sup. 1841/2021). (2) Confirmar y declarar la firmeza del pronunciamiento recogido en la sentencia recurrida. (3) Sin imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

"Las cotizaciones ficticias por parto no pueden verse reducidas en su computo a la hora de obtener el periodo de carencia de pensión que se reclama, aunque la madre trabajadora lo sea a tiempo parcial ... En ningún caso el periodo del artículo 235 de la LGSS podría computarse de forma distinta o en número inferior al fijado por el legislador porque no puede ni podría integrar el cálculo del coeficiente global de parcialidad del artículo 247 de dicho texto legal por las siguientes razones:

Primero, es evidente que el legislador, al establecer esa asimilación a cotizaciones reales de las ficticias por parto, no ha establecido ninguna especialidad o excepcionalidad en su aplicación que venga determinada por la actividad a tiempo

completo o parcial que pudiera haber existido en la vida profesional de la madre trabajadora. Por tanto, ese número de días asimilados a cotizados no tiene ninguna regla de proporcionalidad.

Segundo, es cierto que son días tomados como cotizados pero por ello no dejan de ser asimilados y por tanto, a la hora de computarlos en los periodos de cotización que sean exigibles para el acceso a la prestación, no pueden verse reducidos a un número inferior al que el legislador ha establecido con carácter general para todas las madres trabajadoras. Los periodos de alta y periodos cotizados son conceptos que se distinguen de los periodos que se consideran como asimilados a ellos.

Tercero, los días cotizados que el legislador sometió al coeficiente global de parcialidad atiende o atendían a la situación real de alta en el sistema de Seguridad Social, así como a los días efectivamente trabajados y cotizados y no ha establecido el legislador que en esos conceptos se introduzca otros días distintos como lo correspondientes a cotizaciones ficticias.

Cuarto, si bien esta sala ha afirmado que esas cotizaciones ficticias deben equipararse a todos los efectos a cotizaciones reales pero sin que tampoco sea posible atribuirles mayores beneficios que los generados por las propias cotizaciones efectivamente realizadas por la trabajadora, ello no obsta para que las madres trabajadoras a tiempo parcial, al igual que las que lo son a tiempo completo, se beneficien íntegramente de aquellas cotizaciones, que son ajenas a cualquier cálculo del coeficiente de globalidad ya que, aunque ciertamente las cotizaciones por trabajo a tiempo parcial, como efectivamente realizadas, tienen o tenían un tratamiento específico a los efectos de determinación del periodo de carencia, no significa que este régimen jurídico se extienda a una específica protección de la trabajadora.

Quinto, y al hilo de lo anterior, efectivamente, también podría acudir a la propia finalidad de la protección que se ha venido dando a la actividad a tiempo parcial, en su manifestación de pretender despejarla de todo trato discriminatorio respecto a los trabajos a tiempo completo, en el acceso a la protección de seguridad social y más específicamente, en relación con la perspectiva de género. Máxime cuando en este caso confluyen dos vertientes que el propio legislador ha querido proteger (mujer trabajadora y madre trabajadora). Esto es, la finalidad del beneficio de cotizaciones ficticias por parto es paliar la incidencia que en la vida profesional de la mujer trabajadora haya tenido la maternidad”.

IX. Comentario

La sentencia comentada debería ser (esperemos) uno de los últimos coletazos de un criterio de cómputo por horas de la carencia de prestaciones sociales en el contrato de trabajo a tiempo parcial. Y, también por ser un tema sobre el que he estudiado mucho y en el que también he tenido la oportunidad de interactuar con la norma jurídica y la jurisprudencia, permítame la lectora o lector hacer un repaso normativo y jurisprudencial.

Como la redacción originaria del artículo 12 del ET (Ley 8/1980, de 10 de marzo), estableció que, en el contrato de trabajo a tiempo parcial la cotización a la Seguridad Social sería por horas trabajadas, una Resolución de 01/02/1982 de la Secretaría General de la Seguridad Social interpretó que el cálculo de las carencias debería ser también por horas trabajadas. Dicha práctica administrativa fue inicialmente corregida por la jurisprudencia dado su insuficiente apoyo normativo (STS de 26/06/1993, RCUD 2739/1992). Pero las intenciones legislativas eran otras y se volvió al criterio de la Resolución, primero a través de una norma reglamentaria (el Real Decreto 2314/1993, de 31 de diciembre, sobre revalorización de pensiones) y después a través de una reforma legal (la Ley 10/1994, de 19 de mayo, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, y la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado 1995). Tales reformas pasaron al (inadecuada *sede legis* pues es norma de Seguridad Social) artículo 12.3.II del ET (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo): “Para determinar los periodos de cotización y de cálculo de la base reguladora

de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas”.

Se trataba de una redacción que, ya en 1996, personalmente valoré como de dudosa constitucionalidad por contraria al principio de igualdad y por discriminación sexista indirecta. Contraria al principio de igualdad porque, determinando el menor tiempo trabajado una proporcionalmente menor base reguladora (si se trabaja la mitad de la jornada y, en consecuencia, se cotiza solo la mitad, la base reguladora será la mitad que la de quien trabajase a jornada completa), si, además, se endureciese el acceso a las prestaciones sociales a través del cómputo por horas de la carencia, se produciría una doble penalización desproporcionada. Y la discriminación sexista indirecta viene dada por su impacto adverso sobre un colectivo feminizado como es el de personas trabajadoras a tiempo parcial. Por eso, hice llamamiento a los órganos judiciales a presentar cuestiones de constitucionalidad o prejudiciales en “El cómputo de la carencia para las prestaciones de seguridad social en los contratos de trabajo a tiempo parcial” (Revista del Poder Judicial, números 43/44, 1996).

Y, en mi condición de juez, tuve la ocasión de plantearla a través del Auto JS 1 Pontevedra de 08/05/1998, Pto. 809/1997. Con resultado feliz en la STC 253/2004, de 22 de diciembre, la cual declaró la inconstitucionalidad de la norma transcrita por contraria al principio de igualdad y por discriminatoria sexista indirecta al ser un colectivo feminizado.

Pero en el intervalo temporal entre el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad y su resolución, cambió el escenario legislativo pues el Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre, modificó la regulación laboral y de Seguridad Social del contrato de trabajo a tiempo parcial. En lo que aquí nos interesa, el RDL 15/1998 mantuvo la norma (colocándola en una más correcta sede: la disposición adicional 7ª de la LGSS), aunque sin incluir el desempleo y con la dulcificación de que, “para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización ... se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización”.

No obstante, esa dulcificación ni se aplicaba a todas las prestaciones sociales, ni eliminaba el impacto adverso, sino que simplemente lo aminoraba. Y de ahí la necesidad de nuevas cuestiones, como tuve ocasión de sostener en “El contrato de trabajo a tiempo parcial y la Seguridad Social: Puntos críticos” (Revista Aranzadi Social, número 13, 2005).

Algunos órganos judiciales reaccionaron con nuevas cuestiones de constitucionalidad (la primera planteada por el TSJ/Galicia en Auto de 13/09/2003, RSU 5169/2000; esto es con anterioridad a la resolución dada en la STC 253/2004, y de nuevo actuando como ponente quien esto escribe) y con una cuestión prejudicial (esta última planteada por el JS 33 Barcelona en Auto de 4.7.2011, Pto. 115/2010; el magistrado fue Joan Agustí Maragall).

La STJUE de 22/11/2012, Caso Elbal Moreno, C-385/11, resolvió con prontitud la cuestión prejudicial del juzgado barcelonés, y según el TJUE es discriminatoria “una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder a una pensión de jubilación contributiva en una cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada”.

La STC 61/2013, de 14 de marzo, resolvió la más antigua de las cuestiones de constitucionalidad (la del TSJ/Galicia) y, siguiendo la doctrina Elbal Moreno, resolvió con argumentos contundentes que avalan tanto la vulneración del principio de igualdad como la vulneración de la prohibición de discriminación sexista indirecta, y la inconstitucionalidad de la regla de cálculo por horas y, por conexión, de todas las reglas relativas al cálculo.

Impelido por las decisiones judiciales, el Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto, modifica la disposición adicional 7ª de la LGSS, luego recolocada en el artículo 247 de la LGSS (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), para resolver la flagrante discriminación que, a efectos del cómputo de carencias, se producía en el trabajo a tiempo parcial. A tales efectos, se introduce un coeficiente de parcialidad para la acomodación del periodo de carencia exigido con carácter general a la menor jornada del trabajo a tiempo parcial y manteniendo a la vez el coeficiente multiplicador del 1,5 en el cálculo del porcentaje de la base reguladora de la jubilación y la incapacidad permanente por enfermedad común.

Si bien el RDL 11/2013 construyó un marco general más igualitario, mantenía aspectos puntuales donde había campo para la mejora, algunos ya atisbados (véase la obra que escribí con Pilar Núñez-Cortés Contreras, “El contrato de trabajo a tiempo parcial: nuevas reglas para viejos problemas”, Editorial Tecnos, Madrid, 2016), y otros que han ido surgiendo a través de la aplicación judicial que ha detectado nuevas desigualdades de trato.

Así es que el TJUE ha dictado nuevas sentencias apreciando discriminación en cuestiones relativas al cómputo de carencias en el trabajo a tiempo parcial (STJUE de 09/11/2017, Caso Espadas Recio, C-98/15; STJUE de 08/05/2019, Caso Villar Láiz, C-161/18), y también el TC (STC 91/2019, de 3 julio, donde se aplica la doctrina Villar Láiz).

En esta ristra de temas más puntuales se sitúa la STS 689/2024, de 9 de mayo de 2024, objeto de este comentario, y lo resuelve con solvencia en un vuelo rasante. Y es que elude estratégicamente plantear cuestión de constitucionalidad (con el retraso que ello supondría) para realizar una interpretación que le permite llegar a la solución más acorde con los valores constitucionales en juego: la igualdad de género (vista la cuestión desde la perspectiva del trabajo a tiempo parcial) y la protección de la maternidad (vista la cuestión desde la perspectiva del beneficio de cotización). Aunque no le ha hecho falta pues resuelve con los criterios hermenéuticos generales, perfectamente se podría aquí haber invocado un enjuiciamiento con perspectiva de género (artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y jurisprudencia de aplicación).

X. Apunte final

El Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, ha reformado el artículo 247 de la LGSS y ha acabado con la causa última de todas las problemáticas al establecer (por fin) lo siguiente: “A efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos”.

Con esta nueva redacción se normativiza lo que siempre debió ser. Y ello me produce una especial satisfacción por un compromiso personal (tanto en la faceta de juzgador como en la faceta de escritor jurídico) en la erradicación del criterio de calcular la carencia por horas trabajadas que, por las injusticias que ha propiciado en un colectivo feminizado como es el del trabajo a tiempo parcial (incluso después de las varias correcciones legales que a lo largo de los años se le han hecho), hubiera sido mejor que nunca hubiera llegado a existir.

La sentencia comentada es consciente de la importancia del cambio normativo y de ahí que cita expresamente en su completa literalidad la nueva redacción del artículo 247 de la LGSS, y aunque no lo diga, con esa expresa cita está dejando caer que su solución se ratifica con la nueva disposición. Cabría decir más: con esta nueva redacción el problema que la sentencia comentada resuelve no debería ya ni siquiera volverse a plantear. Y acaso estamos (o así lo esperamos) ante los últimos coletazos de la carencia por hora trabajada.

Sea como fuere, ahí está la doctrina de la sentencia comentada que, sustentada en la interpretación del artículo 235 de la LGSS, aleja cualquier duda interpretativa futura en relación con el cómputo de los periodos de cotización asimilados por parto en el supuesto de una trabajadora a tiempo parcial: tales periodos se computarán siempre por entero.

Permítaseme rematar con un juego de palabras que es el que también ha inspirado el título del presente comentario: por mucho que el contrato de trabajo sea a tiempo parcial, el parto de la trabajadora es siempre a tiempo completo y en consecuencia también lo deben ser los periodos asimilados al parto a efectos de carencia de prestaciones sociales.

§ 53 Accidente de trabajo. Infarto en el vestuario. Una necesaria revisión del criterio actual.

Carlos Hugo Preciado Domènech

Magistrado de la jurisdicción social. Doctor en Derecho y en Ciencias Políticas.

Resumen: *No se considera accidente de trabajo el infarto sufrido en los vestuarios del centro de trabajo antes de fichar y de comenzar el turno de trabajo.*

Palabras clave: *Accidente de Trabajo. Infarto. Vestuarios.*

Abstract: *A heart attack suffered in the changing rooms of the workplace before clocking in and starting the work shift is not considered a work accident.*

Keywords: *Work accident. Heart attack. Changing rooms.*

I. Introducción

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina que resuelve la sentencia objeto de comentario consiste en determinar si un infarto que tiene lugar en los vestuarios del centro de trabajo antes de fichar y de comenzar el turno de trabajo puede considerarse accidente de trabajo. La respuesta negativa de la Sala IV plantea diversos interrogantes que trataremos de analizar en las siguientes líneas. El infarto en el vestuario no es en absoluto una cuestión nueva, por ello la sentencia que comentamos analiza con total rigor y detalle los precedentes sobre la cuestión. Nos planteamos, sin embargo, si sería deseable un cambio de orientación en la doctrina.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia

Órgano judicial: Sala IV del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: 724/2024

Tipo y número recurso o procedimiento: 3911/2021

ECLI: ES:TS: 2024:2878.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. Ignacio García-Perrote Escartín

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema que se plantea es si constituye accidente de trabajo el infarto sufrido en los vestuarios del centro de trabajo antes de fichas y comenzar el turno de trabajo.

Constituyen hechos relevantes, los que siguen:

El trabajador trabajaba para SLCA en virtud de un contrato de trabajo temporal, eventual por circunstancias de la producción, a tiempo completo, iniciado con fecha 01/05/2019 y previendo fin el día 31/10/2019, prestando servicios como "operador-abastecedor", - que también, e igualmente, había desarrollado con anterioridad para la misma empresa y bajo el mismo tipo de contrato desde el 15/04/2018 al 14/10/2018 .

El actor padecía una miocardiopatía dilatada con FEVI recuperada por la que, al menos desde el año 2.007 , seguía controles en el servicio de cardiología. Dicho servicio estableció, al menos desde el 2.014, << en fecha desde la que continuaba, al menos desde 2.013, requiriendo la toma diaria de dos fármacos antitensivos: Bisoprolol y Ramipril, en dosis ya en 2.014 de 7.5 mg al día del primero, y de 1,25 el segundo.

Tenía y mantenía desde entonces buena capacidad de esfuerzo alcanzando los 13 METs en las pruebas al efecto practicadas, sin signos de angina, ni isquemia, ni soplos ni insuficiencia cardíaca congestiva (ICC), en ninguna de estas pruebas y exploraciones, ni en los ecocardiogramas y electrocardiogramas que le fueron practicados hasta la fecha del fallecimiento, estando clínicamente estable, asintomático, con estabilidad de la FEVI de rango medio, 45-50 % , en las pruebas ecocardiográficas que le fueron practicadas hasta dicho fatal momento << apreciándose, sin embargo, en la última practicada en julio de 2.018, cierto empeoramiento de la situación cardíaca en comparación con la anterior de 2.015, pues a los hallazgos conocidos de ventrículo izquierdo ligeramente dilatado con disfunción VI ligera; ventrículo derecho no dilatado y normocontráctil; sin hipertensión (HTP); y dilatación moderada de la aurícula izquierda; se sumaban afectación de la relajación y la insuficiencia mitral ligera trivial, por lo que el 1/8/18 por el servicio se anotó la realización en control de nuevo ecocardiograma transtorácico, señalando dejarlo para enero en buzón y considerar cirugía de revascularización miocárdica (CRM)>>, en el examen de salud que le fue practicado el 28/8/18 por el servicio de prevención de la empresa el mismo fue calificado como apto para el puesto de trabajo , desarrollando el contrato sin constancia de incidencias.

El mismo, <<habiéndose recibido la formación que se expresaba en el informe de Inspección de Trabajo - que se da por reproducido en este punto, sin necesidad de transcripción - , y los equipos de protección individual que se necesitaban para algunas de las tareas de su trabajo (gafas, guantes, protector auditivo, botas, y ropa de trabajo en general de alta visibilidad, ; desarrollado en los turnos establecidos por la empresa, cobrando los trabajadores plus de turnicidad y de flexibilidad, mas no de puntualidad >>, consistía , por un lado, en la carga de combustibles a las cisternas de los camiones o unidades repostadoras de suministro de combustible, y por otro lado el repostaje de combustible a los aviones (con URR o dispensador, dependiendo del avión que se fuera a repostar), que se realizaba en las pistas del propio aeropuerto; además debía realizar un control muy exhaustivo de todas las instalaciones, equipos y productos que utilizaba, y la realización de trabajo administrativo en la oficina (gestión de clientes y control de suministros realizados).

Las oficinas se encontraban contiguas a la propia del Jefe de la Instalación, y enfrente prácticamente de los vestuarios, y junto con otras dependencias, independientes, de descanso, comedor y aseos, todo ello en el interior, y distribuidas por un pasillo a lo largo de un módulo prefabricado de unos 100 ms. cuadrados, que la empresa tenía en el propio recinto aeroportuario y al que daba acceso la puerta de entrada/ salida del módulo.

La empresa tenía establecida la obligación de fichar antes de comenzar la jornada laboral, que se cumplimentaba diariamente mediante hojas de registro que se encontraban en las mencionadas oficinas, y que la empresa llevaba y cumplía, en las que el trabajador reflejaba, con su propia mano y firmas, al empezar el turno la hora en que comenzaba el mismo, y al terminar el mismo también la hora en que lo finalizaba.

El trabajador, antes de comenzar el turno establecido, viniendo ya con la ropa de trabajo vestido desde su domicilio, pasaba por el vestuario para cambiarse el calzado de calle por las botas de seguridad, pasando después por las oficinas a la hora de empezar el turno, registrando la hora de comienzo, procediendo a realizar desde entonces las tareas que tenía establecidas o que se le encomendaban.

El trabajador, -llegando con tiempo como hacía normalmente, sin constancia de falta, sanción o advertencia al respecto, y ya vestido como siempre con el uniforme (siendo sobre las 7,50 hs. habiendo accedido al módulo referido, saludando a la trabajadora de la limpieza, que se encontraba limpiando en las oficinas, y a otro trabajador, que se encontraba en esos momentos saliendo de dicho módulo para ir haciendo el trabajo de campo y organizando al resto de personal, pasó seguidamente a los vestuarios. Y habiéndose calzado en el vestuario las botas, sin llegar a tener los cordones atados y encontrándose de pie a la altura de la puerta de los vestuarios sin llegar a franquearla,, sufrió un síncope con parada cardiorrespiratoria, desplomándose así cayendo al suelo de bruces sin amortiguación consciente quedando decúbito prono con las manos a la espalda y perdiendo la vida.

La sentencia de instancia desestimó la demanda de la viuda que recurrió en suplicación, estimándole el recurso la Sala Social del TSJ de Palma de Mallorca, que desestimó la demanda y declaró que el fallecimiento del esposo de la demandante derivó de accidente de trabajo y se condena a todos los demandados a estar y pasar por la anterior declaración y a la mutua Fremap a reconocer y abonar las prestaciones de viudedad y auxilio por defunción derivadas de accidente de trabajo en su momento denegadas sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del INSS como continuador del extinto Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo.

IV. Posición de las partes

Ante el recurso de casación interpuesto por la empresa, la Fiscalía informó en el sentido de que el recurso debía ser desestimado.

V. Normativa aplicable al caso

El art.156 LGSS define el concepto de accidente de trabajo.

“1. Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.”

El apartado 3 del mismo precepto dispone que “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”

El art.156.2 a) LGSS dispone que “ Tendrán la consideración de accidentes de trabajo:

a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo.”

VI. Doctrina básica

La doctrina aplicable al caso se identifica con la STS 14 de julio de 2006 (rcud 787/2005). Ya esta sentencia había declarado que la doctrina ajustada a derecho se contenía en la STS 6 de octubre de 2003 (rcud 3911/2002), doctrina que había sido reiterada por la STS 20 de diciembre de 2005 (rcud 1945/2004), en sala integrada por todos sus miembros, en la que se establece la doctrina de que no basta para que actúe la presunción de laboralidad prevista en el artículo 115.3 (actual artículo 156.3) LGSS con que el trabajador se halle en los vestuarios de la empresa cuando ocurre el episodio vascular o la enfermedad que origina la contingencia, que es lugar de trabajo a estos efectos, sino que el término legal "tiempo de trabajo" contiene una significación más concreta, equivalente a la del artículo 34.5 ET referida a la necesidad de que el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo, en el que se presume que se ha comenzado a realizar algún tipo de actividad o esfuerzo -físico o intelectual- que

determina una más fácil vinculación del acaecimiento con el trabajo y por ello opera la presunción analizada.

La STS 14 de julio de 2006 (rcud 787/2005) señala, por otra parte, que esa interpretación no constituye un rigorismo excesivo, desde el momento en que se trata de delimitar el alcance de una presunción legal, que, dadas las consecuencias que tiene a la hora de calificar una enfermedad, debe tener unos límites lo más definidos posibles en aras a la seguridad jurídica de quienes participan en las relaciones de trabajo en que tales eventos ocurren. De hecho -concluye su razonamiento la STS 14 de julio de 2006 (rcud 787/2005)-, no se cierra la posibilidad de que la denominada enfermedad de trabajo tenga la consideración legal de accidente de trabajo del apartado 1 del artículo 115 (actual artículo 156 LGSS), sino que cuando esa enfermedad se manifiesta fuera del puesto, del tiempo de trabajo, es preciso que, con arreglo a lo previsto en el apartado 2 e) del referido precepto tenga que acreditarse por quien la padeció en esas condiciones que esa dolencia tuvo por causa exclusiva la ejecución del trabajo.

Las posteriores sentencias de esta sala IV insisten en que para que el accidente de trabajo ocurrido en los vestuarios de la empresa pueda ser considerado accidente de trabajo es preciso que ya se haya fichado e iniciado la jornada laboral.

En efecto, así lo reiteran las SSTs 22 de diciembre de 2010 (rcud 719/2010), 4 de octubre de 2012 (rcud 3402/2011), y 670/2020, de 16 de julio (rcud 1077/2018).

Así, la STS 22 de diciembre de 2010 (rcud 719/2010) señala, respecto del lugar de trabajo, que hemos admitido que los vestuarios puedan incluirse en tal concepto (STS de 20 de diciembre de 2005 -rcud. 1945/2004- [Sala General] y 14 de julio de 2006 -rcud 787/2005-, reiterada en las STS de 20 de noviembre -rcud 3387/2005- y 22 de noviembre de 2006 -rcud 2706/2005- y 25 de enero -rcud 3641/2005- y 14 de marzo de 2007 -rcud 4617/2005).

Pero la STS 22 de diciembre de 2010 (rcud 719/2010) precisa que, para que la presunción de accidente de trabajo del (actual) artículo 156.3 LGSS pueda tener efecto, se exige no solo el elemento locativo, sino el elemento temporal: esto es "que el accidente acontezca durante el tiempo de trabajo." En las sentencias citadas -recuerda la STS 22 de diciembre de 2010 (rcud 719/2010)- se afirma por esta sala IV que sólo pueden calificarse como accidente de trabajo los casos en que el trabajador se encuentra ya en su puesto de trabajo, entendiendo que "el término legal "tiempo de trabajo" contiene una significación más concreta, equivalente a la del artículo 34.5 ET referida a la necesidad de que el operario se encuentre en su puesto de trabajo, en la que se presume que se ha comenzado a realizar algún tipo de actividad o esfuerzo -físico o intelectual- que determina una más fácil vinculación del acaecimiento con el trabajo y por ello opera la presunción analizada".

De ahí -sigue razonando la STS 22 de diciembre de 2010 (rcud 719/2010)- que se haya rechazado la concurrencia de tal elemento en aquellos supuestos en que:

a) el trabajador "se encontraba en los vestuarios de la empresa cambiándose de ropa, sobre las 7,45 horas, antes de incorporarse al puesto de trabajo y dirigiéndose al mismo" (STS de 20 de diciembre de 2005 -rcud 1945/2004- [Sala General]);

b) "se había cambiado de ropa en los vestuarios de la empresa y se disponía a comenzar su trabajo" (STS de 14 de julio de 2006 -rcud 787/2005-);

c) en caso de un infarto de miocardio sobrevenido "cuando finalizada su jornada laboral a las 19:00 horas se encontraba en los vestuarios del centro de trabajo habitual cambiándose de ropa" (STS de 20 de noviembre de 2006 -rcud 3387/2005-);

d) el trabajador "se encontraba en los vestuarios de la empresa sobre las 15,45 horas para cambiarse e iniciar su jornada de trabajo tras haber fichado" (STS de 22 de noviembre de 2006 -rcud 2706/2005-);

e) "el trabajador se estaba cambiando de ropa en la propia obra para empezar a trabajar" (STS de 25 de enero de 2007 -rcud 3641/2005-); y

f) "cuando se encontraba en los vestuarios de la acería sobre las 6,15 horas, sin haber comenzado su actividad laboral" (STS de 14 de marzo de 2007 -rcud 4617/2005-).

VII. Parte dispositiva

La Sala IV acuerda:

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Servicios Logísticos de Combustibles de Aviación.

2. Casar y anular la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares 286/2021, de 21 de julio (rec. 86/2021).

3. Resolver el debate de suplicación en el sentido de desestimar el recurso de tal clase interpuesto por la viuda del trabajador fallecido y declarar la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Menorca 160/2020, de 10 de diciembre (autos 72/2020).

4. No Imponer costas. Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir.

VIII. Pasajes decisivos

Las consideraciones anteriores nos llevan a estimar el presente recurso de casación unificadora, pues es la sentencia de contraste (la STS 14 de julio de 2006, rcud 787/2005, reiterada por las posteriores que se han citado) y no la recurrida la que contiene la doctrina correcta.

Por lo demás, y al igual que ocurría precisamente en el supuesto de la sentencia referencial, también en el actual caso concurren "algunos datos complementarios" que alejan el suceso del concepto de accidente de trabajo, al no vincularse el episodio con esfuerzo o actividad o alteración de clase alguna, en persona que padecía una miocardiopatía dilatada desde el año 2007 y que en el control anual de 2018 se había apreciado cierto empeoramiento.

En el presente supuesto, tampoco puede entenderse que el trabajador estaba a disposición del empleador en el momento del episodio cardiovascular, sin poderse dedicar a actividades por él libremente decididas, en el sentido de la doctrina del TJUE sobre tiempo de trabajo. De nuevo hay que insistir en que el trabajador no había fichado todavía, por lo que, de conformidad con los artículos 34.5 ET y 156.3 LGSS, no estaba aún en "tiempo de trabajo."

IX. Comentario

Se trata de determinar si es accidente de trabajo la muerte del trabajador en el vestuario de la empresa, producida por un síncope con parada coardiorespiratoria, justo después de calzarse las botas de seguridad y antes de haber fichado. Se trataba de un trabajador con una cardiopatía previa.

La sentencia que comentamos se acoge, en efecto, a una consolidada doctrina, resumida en la STS 22 de diciembre de 2010 (rcud 719/2010) conforme a la que para que el accidente ocurrido en los vestuarios de la empresa pueda ser considerado accidente de trabajo es preciso que ya se haya fichado e iniciado la jornada laboral.

Dicha interpretación, en mi opinión, resulta excesivamente rigorista y anclada en una concepción contractualista estricta del concepto de "tiempo de trabajo", conforme a la que si no se ha fichado, por más que se esté en el centro de trabajo e incluso preparándose para iniciar el trabajo (vistiendo EPI, etc.), no entra en juego la presunción de del art.156.3 LGSS , conforme a la que, salvo prueba en contrario, se

presumen accidente de trabajo las lesiones que sufra en el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo.

Se obvia la perspectiva constitucional de la obligación de los poderes públicos de velar por protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras (art.40.2 CE). En efecto, no casa bien con dicha obligación interpretar el art.156.3 LGSS en el sentido de que no se considera tiempo de trabajo aquel que el trabajador dedica a cumplir con sus obligaciones relativas a la protección de la seguridad y salud, y cuya infracción puede -incluso- conllevar su despido, haya o no iniciado su jornada laboral.

El propio TS ha sostenido un criterio flexible en determinados supuestos en que ha considerado "tiempo de trabajo" determinados lapsos temporales en que el trabajador no se halla estrictamente en su puesto de trabajo pero sí realizando operaciones indispensables para incorporarse al mismo. Así, en la STS 4 octubre 2012, RCU 3402/2011, se resume dicha doctrina. Para empezar, la STS de 18 septiembre 2000 (RCUD 1696/1999), ha considerado tiempo de trabajo el empleado por los vigilantes de seguridad para ir a recoger el arma antes del comienzo de su servicio y para devolverla al terminar el mismo. En el mismo sentido, la STS de 24 de junio de 1992, sostiene que cuando "el horario se anticipa para el trabajador a fin de realizar una actividad concreta en un determinado lugar" que no es el de trabajo el "tiempo dedicado a desplazarse desde el centro de trabajo a distinto lugar" debe considerarse o computarse como "jornada de trabajo ". Nótese que, en ambos casos -recoger el arma o proveerse de los equipos de protección individual- se trata del empleo de un cierto tiempo en el cumplimiento de una obligación que es ineludible para el trabajador, siendo ésta la razón por la que debe considerarse tiempo de trabajo a los efectos de su remuneración (que en el caso de autos se plasma en la obtención de un plus de puntualidad) y, por ende, a los efectos de permitir el juego de la presunción establecida en el artículo 156.3 de la LGSS .

En fin, la citada STS 4 octubre 2012, RCU 3402/211, considera accidente de trabajo el infarto de miocardio acaecido en el vestuario antes del inicio de la jornada de trabajo. Entra en juego la presunción de existencia al concurrir las siguientes circunstancias: el infarto se produce después de haber fichado y mientras se proveía obligatoriamente del equipo de protección individual; además el plus de puntualidad sólo se devengaba si se realizaban estas operaciones previas a la incorporación al puesto de trabajo.

En definitiva, del análisis de la propia doctrina de la Sala IV, se observa una cierta flexibilización del concepto "tiempo de trabajo", en aquellos casos en que, aún no habiéndose iniciado la jornada de trabajo (háysese o no fichado) el trabajador se halla cumpliendo deberes ineludibles, como vestir los Equipos de protección individual, sin los cuales no puede iniciar el trabajo, o en el caso de vigilantes de seguridad, recoger el arma.

A ello debemos añadir -desde la perspectiva del sentido común- todos aquellos supuestos que se han considerado tiempo de trabajo y que al compararlos con el caso que nos ocupa producen cierta perplejidad. En esta línea, llama poderosamente la atención que no sea tiempo de trabajo el dedicado en el vestuario de la empresa de dotarse y vestir de los Equipos de Protección Individual y en cambio, se considere tiempo de trabajo:

- El infarto ocurrido en los vestuarios después de iniciada la jornada (STS 22 diciembre 2010, rcud 719/2020)

- Un episodio cardiovascular sobrevenido mientras el trabajador que desempeña su actividad en régimen de jornada continuada se encuentra en la «pausa por bocadillo» en el comedor de la empresa, y que el convenio colectivo considera tiempo de trabajo. (STS 16 julio 2020, rcud 1072/2018)

- La lesión corporal sufrida durante la pausa para comer en régimen de jornada partida (STS 9 mayo 2006, RCU 2932/2004)

Del análisis de estos casos y otros muchos similares se revela un auténtico contrasentido la interpretación contractualista estrecha del art.156.3 ET, conforme a la que para que opere la presunción de laboralidad se exige que el trabajador haya “fichado”, pasando por alto que estaba cumpliendo con la obligación de vestir el calzado de seguridad, un equipo de protección individual que el trabajador tiene el deber legar de utilizar (art.17 LPRL en relación con el art.10 del RD 773/1997, de 30 de mayo sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual).

Para redondear el argumento de la necesidad de revisar la doctrina contenida en la sentencia comentada, cabe recordar que la infracción por el trabajador de la obligación de utilizar los equipos de protección individual puede justificar el despido, por constituir una falta grave (Vid. STSJ Navarra 179/2017, de 9 mayo, STSJ Galicia núm.4668/2015, de 9 de septiembre).

En conclusión, una interpretación respetuosa con el art.40.2 de la CE que impone a los Jueces y Magistrados -como poder público- velar por la seguridad y salud en el trabajo, impone delimitar los contornos del concepto “tiempo de trabajo” del art.156.3 LGSS, no sólo acudiendo al estricto -y estrecho- concepto contractual (art.34.5 ET), conforme al que el tiempo de trabajo se computa de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo; sino incluyendo en dicho concepto de tiempo de trabajo, a los efectos de la acción protectora de la Seguridad Social, los supuestos, como el comentado, en los que el trabajador se halla cumplimiento obligaciones ineludibles relacionadas con la protección de su seguridad y salud, como la de vestir los EPI que tiene la obligación de utilizar y sin los cuales no puede iniciar la jornada laboral, so pena de incurrir en infracción disciplinaria.

§ 54 La declaración extemporánea sobre la decisión de reingreso en la excedencia voluntaria no supone la pérdida del derecho a la reincorporación.

Francisco A. Vila Tierno

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

Resumen: Excedencia voluntaria. Reingreso que se solicita incumpliendo el plazo de preaviso establecido en el convenio colectivo aplicable. El incumplimiento del plazo de preaviso establecido convencionalmente para solicitar la reincorporación no determina la pérdida del derecho al reingreso, a pesar de la dicción del convenio que así lo establece por tratarse de una previsión contraria a ley. La negativa empresarial a la reincorporación constituye un despido improcedente.

Palabras clave: Excedencia voluntaria. Reingreso. Despido improcedente.

Abstract: Aspettativa volontaria. Reintegrazione richiesta in violazione del periodo di preavviso stabilito dal contratto collettivo applicabile. Il mancato rispetto del periodo di preavviso stabilito dal contratto per la richiesta di reintegrazione non determina la perdita del diritto alla reintegrazione, nonostante l'accordo preveda che si tratti di una disposizione contraria alla legge. Il rifiuto del datore di lavoro di reintegrare il dipendente costituisce un licenziamento ingiusto.

Keywords: Aspettativa volontaria. Reintegro. Licenziamento ingiustificato.

I. Introducción

La regulación convencional de determinadas materias o instituciones laborales está especialmente indicada respecto de aquellas cuestiones que responden, como en el caso de la excedencia voluntaria, a una ordenación escueta y que plantea una llamada implícita a ser completada.

Ello no puede suponer, sin embargo, un desarrollo por parte de los negociadores más allá de los límites que la propia jerarquía normativa permite (siguiendo la escala del art. 3.1 ET).

En este sentido, la norma de rango superior puede suponer la expulsión automática del ordenamiento de la de menor rango que se le opone. O bien, en el supuesto que entendamos que no se produce una concurrencia conflictiva (como lo descrito anteriormente), puede producirse una relación entre la norma legal y la convencional de manera que la primera dispone unos mínimos de derecho necesario, establece una norma mínima, en virtud de la que, como es sabido, únicamente cabe una relación de suplementariedad o mejorabilidad sobre aquel umbral, sin que, por el contrario, se pueda establecer unas condiciones *in peius* para la persona trabajadora

[i]. Sea en un caso o en otro no cabría una situación menos favorable para la ésta por la aplicación del convenio colectivo frente a la ley.

No obstante, a veces es tan escasa la previsión legal que no se sabe, a ciencia cierta, si ha establecido ese mínimo inderogable o cómo éste se puede ver afectado por una disposición de menor rango jerárquico. Y este es precisamente, el asunto que nos ocupa, en tanto que la redacción que el Estatuto de los Trabajadores (art. 46.5) da a la excedencia voluntaria es tan reducida que el campo para su interpretación y desarrollo es tan amplio como complejo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 726/2024, de 22 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 1317/2023.

ECLI:

ECLI:ES:TS:2024:2798

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión que se pretende resolver en el supuesto de hecho que ahora es objeto de análisis y comentario se resume de un modo simple en dos aspectos interrelacionados:

1. Excedencia forzosa y derecho de reingreso

En este punto es preciso señalar que el precepto estatutario se limita a concretar que las personas trabajadoras tienen, en el caso de una excedencia voluntaria, el derecho al reingreso preferente. Y nada más al respecto. Esto es, que ni impone plazos para ello, ni lo condiciona a nada en absoluto.

2. Preaviso para el reingreso por regulación convencional

Ante la falta de más detalle, en convenio colectivo se dispone que el derecho a reingreso viene vinculado a un período de preaviso, pero establece, de un modo directo, los efectos de la falta de aquél y que no son otros que la pérdida de tal derecho.

En este contexto, se analiza un supuesto de hecho en el que, en primer término, un trabajador con contrato indefinido (y a tiempo parcial), que viene prestando servicios para una empresa, solicita una excedencia voluntaria de seis meses que con posterioridad solicita se le prorrogue otros seis meses más. A lo que accede la empresa.

A estos efectos el convenio colectivo aplicable, como hemos advertido, establece que para ejercer su derecho de reingreso preferente, la persona trabajadora debe preavisarlo con una antelación de un mes a la fecha de finalización del plazo.

Sin embargo, el actor solicita, de manera extemporánea respecto a la previsión convencional, su reingreso en la empresa, si bien, antes de que concluyera el período de excedencia solicitado (finalizaba el 14/12/2021 y la solicitud se presentó el 24/11/2021, siendo recepcionada el 26/11/2021). Con fecha de 9/12/2021 recibe

notificación el trabajador en la que se le indica que el plazo para solicitar tal reincorporación venció el 14/11/2021 y que, en consecuencia, se entiende perdido el derecho que tenía para ello.

No se especifica de manera concreta en la descripción fáctica de la sentencia de instancia, pero atendiendo al fallo de la misma, decayó la relación laboral, lo que dio lugar a la reclamación por despido del trabajador, cuya pretensión se desestima en el Juzgado de lo Social y en Suplicación.

IV. Posición de las partes

La posición que ostenta cada una de las partes en el proceso resulta evidente a la vista de los antecedentes descritos:

Recurrente: entiende que se ha vulnerado el derecho al reingreso previsto en el art. 46 ET y, por tanto, la extinción no está justificada, debiendo ser, en consecuencia, calificada como improcedente. Y ello lo hace al amparo de la STS 61/2022, de 25 de enero y la doctrina fijada en ésta (y sobre la que más adelante se volverá).

Recurrido: téngase en cuenta que el Magistrado a quo, resolvió que la recientemente citada STS 61/2022, de 25 de enero, no era aplicable al caso, en primer lugar, porque se refiere a un convenio colectivo distinto y, en segundo lugar, y al hilo de lo anterior, que en la misma se resolvía sobre un precepto convencional que establecía el mismo plazo de preaviso para solicitar la reincorporación, pero no fijaba consecuencias como en el que ahora se analiza. Esto es, en aquel convenio colectivo no se establecía, como en el de Grandes Almacenes que ahora se estudia, que el efecto era la pérdida del derecho a la reincorporación.

Ello motiva que el recuso se impugne de contrario al considerarse que hay falta de contradicción, siendo así informado también por el Ministerio Fiscal.

V. Normativa aplicable al caso

Las referencias normativas básicas para resolver el presente supuesto son esencialmente dos, una de carácter legal y otra convencional:

- Art. 46.5 ET:
 - “El trabajador en excedencia voluntaria conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”
- Art. 38.4 Convenio Colectivo de Grandes Almacenes (en la sentencia se cita el art. 48.4, pero en las redacciones anteriores se trata del art. 38.4 y en la actualmente vigente el 39.4)
 - [ii]:
 - “De acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, podrán solicitar la excedencia voluntaria todas las personas trabajadoras de la empresa siempre que lleven, por lo menos, un año de servicio.

La excedencia voluntaria se concederá por un plazo no inferior a cuatro meses ni superior a cinco años. Este derecho solo podrá ser ejercitado otra vez por la misma persona trabajadora si transcurriesen cuatro años desde el final de la anterior excedencia; a ningún efecto se computará el tiempo que las personas trabajadoras permaneciesen en esta situación.

Al término de la situación de excedencia la persona trabajadora tendrá derecho preferente al reingreso en la primera vacante que se produzca en la empresa de su mismo grupo profesional, si no hubiese personas trabajadoras en situación de excedencia forzosa o con derechos a reserva de puesto de trabajo.

Se perderá el derecho de reingreso en la empresa si no es solicitado por el/a interesado/a con una antelación de un mes a la fecha de finalización del plazo que le fue concedido” (el subrayado es nuestro).

No obstante, para la resolución del supuesto de hecho y la valoración de si concurren los requisitos del art. 219 LRJS, debe señalarse que el convenio colectivo analizado por la reiterada STS 61/2022, de 25 de enero y que se toma como referencia, en su art. 93 dispone, de manera diferencial al que ahora se analiza, que “El trabajador en excedencia, conservará un derecho preferente al reingreso en las vacantes, de igual o similar categoría a la suya, que hubieran o se produjeran en la empresa, siempre que lo solicite con, al menos, un mes de antelación al término de la excedencia”. De manera evidente, no fija la consecuencia prevista en el convenio colectivo de Grandes Almacenes y de ahí las dudas en cuanto a su aplicabilidad o no a este caso.

Por último, para la resolución de este asunto, la Sala Cuarta invoca otro precepto que resulta transcendental, el art. 3.1 ET:

“1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.

b) Por los convenios colectivos.

c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.

d) Por los usos y costumbres locales y profesionales”.

VI. Doctrina básica

La doctrina básica que puede extraerse de la presente sentencia consolida la ya planteada por la reiterada STS 61/2022 de 25 de enero y por la STS 376/2023, de 24 de mayo. Con base en éstas, se puede afirmar que:

- La excedencia voluntaria es una suspensión atípica del contrato de trabajo;
- Su efecto principal, junto al mantenimiento de la relación laboral y de la inexistencia de salarios, es que, no existe la obligación de reserva de puesto de trabajo, sino la de derecho de reingreso preferente;
- Su escasa regulación normativa da pie a su desarrollo convencional, si bien, éste viene condicionado por el respeto a los preceptos legales, en este caso, al contenido del art. 46 ET. Precepto que reconoce, sin condiciones, el derecho al reingreso preferente. Hacer depender tal derecho a un trámite formal de preaviso, supone extralimitar los efectos que se deben reconocer a esta obligación de comunicación en plazo, dejando vacío de contenido el referenciado derecho de reingreso, que se plegaría frente a unas consecuencias que no serían las propias de una falta de preaviso;
- El plazo convencional de preaviso debe ser interpretado de manera restringida en cuanto que introduce una norma limitativa de derechos;
- Y, finalmente, que no puede el convenio colectivo fijar unos efectos que la ley ni ha previsto ni permite, porque no cabe una disminución convencional de derechos que la ley reconoce.

VII. Parte dispositiva

La sentencia comentada termina concluyendo que “procede la estimación del recurso y la casación anulación de la sentencia recurrida para resolver el debate en suplicación estimando el de tal clase, por lo que previa estimación de la demanda,

implica declarar que la comunicación empresarial constituyó un despido que se califica de improcedente”.

A partir de tal conclusión, resuelve:

- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina;
- Casar y anular la sentencia dictada el 12 de enero de 2023 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 917/2022.
- Resolver el debate en suplicación estimando el de tal clase y anular la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 42 de Madrid, de fecha 25 de abril de 2022, autos núm. 105/2022.
- Estimar la demanda declarando la improcedencia del despido del actor y condenar a la mercantil demandada a readmitir con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta aquella en la que la readmisión se lleve a cabo, o a que indemnice de conformidad con la normativa vigente, sin que haya condena en costas.

VIII. Pasajes decisivos

Hemos de reseñar como más relevantes, las siguientes argumentaciones recogidas en los Fundamentos Jurídicos segundo y tercero:

- “(...) la STS 61/2022 de 25 de enero (Rcud. 4927/2018) dictada por esta Sala, que se pronuncia sobre las consecuencias del incumplimiento del plazo de preaviso para la reincorporación tras una excedencia voluntaria según el art. 93 del convenio colectivo general del sector de la construcción (...) La Sala Cuarta estima el recurso del demandante y declara improcedente su despido, razonando que “La trascendencia que cabe otorgar a la previsión convencional de que la persona que solicita el reingreso, tras un periodo de excedencia voluntaria, formule su solicitud con una antelación prefijada en la norma colectiva, rechaza que del incumplimiento del plazo de preaviso se derive la pérdida del derecho al reingreso”.
- “Tal como señalamos en la STS 376/2023, de 24 de mayo (Rcud. 2355/2020), La excedencia voluntaria es una manifestación atípica de la suspensión del contrato de trabajo. Una vez concedida produce el efecto típico de toda suspensión: mantenimiento del vínculo contractual y suspensión de las obligaciones mutuas de trabajar y remunerar el trabajo. El trabajador causa baja en la empresa, se le da de baja en Seguridad Social, pero mantiene su vínculo contractual con la empresa. Sin embargo, no existe derecho a reserva del puesto de trabajo cuando finalice la situación de excedencia (...)
- El régimen jurídico legal de la excedencia es parco (se limita a configurar los requisitos de acceso a dicha situación) y a regular mínimamente el reingreso, cuestión que se limita a proclamar el aludido derecho preferente al reingreso. Por esta razón estamos ante un campo fértil para que pueda ser regulado por la negociación colectiva y, en su caso, por la autonomía individual.

La regulación que la negociación colectiva puede hacer al respecto está limitada, al igual que sucede en otras instituciones laborales, por lo dispuesto en el artículo 3.1 ET. Ello implica, en general que lo establecido por convenio colectivo debe respetar lo dispuesto en la ley y, en concreto, las disposiciones legales de derecho necesario absoluto o los mínimos de derecho necesario. Para la Sala resulta evidente que la regulación de la excedencia voluntaria contenida en el artículo 46 ET constituye mínimo de derecho necesario que no admite una regulación peyorativa por el convenio colectivo. Al respecto, no cabe duda de que a través de la negociación colectiva se

puede establecer un plazo determinado para efectuar la solicitud de reingreso, al igual que las consecuencias pertinentes que puedan anudarse a su incumplimiento; ahora bien, tales efectos deben ser proporcionados y atender a las circunstancias oportunas en relación al ejercicio del derecho; pero nunca podrían ser de tal magnitud que, de suyo, implicasen la pérdida del derecho ya que tal efecto no está previsto en la norma ni ésta remite para ello al pacto colectivo.

- Ya en la sentencia aquí traída como referencial, reiterada por la STS 13/2023, de 10 de enero (Rcud. 4158/2021) explicamos que suponer, como hace la sentencia recurrida, que el incumplimiento del preaviso determina la pérdida del derecho al reingreso, cuando lo que se interpreta es una norma restrictiva de derechos implica llevar ese carácter aún más lejos, lo que contradice el principio de derecho que obliga a que deba ser objeto de interpretación restringida la norma limitativa de derechos. Por otra parte, nunca una interpretación puede conducir al absurdo cual sería el de negar todo significado a la exigencia del preaviso, por lo que ha de situarse su razón de ser en las consecuencias para la empresa derivadas de la dificultad de una sorpresiva petición de reingreso, aún en el caso de contar con una vacante, traduciéndose la del incumplimiento del preaviso en una moratoria para la empresa equivalente a dicho plazo y, desde luego, siempre que la solicitud se efectúe antes de finalizar la excedencia concedida, como queda acreditado en el caso.

Pero, en modo alguno, podemos admitir que la fijación de un plazo de preaviso para solicitar el reingreso lleve aparejado que su incumplimiento pueda dar lugar a la pérdida de ese derecho y, en consecuencia, a la extinción del contrato de trabajo suspendido ya que, en ese caso, el convenio estaría estableciendo unos efectos que la ley ni ha previsto ni permite, ya que implicaría una disminución convencional en perjuicio del trabajador de los derechos establecidos legalmente”.

IX. Comentario

Tanto la sentencia de instancia como la de suplicación que anteceden a esta de casación, llegaron a la conclusión de entender que la falta de comunicación en plazo del trabajador de su voluntad de reincorporación a la empresa en el plazo convencionalmente establecido para ello, implicaban la pérdida de tal derecho.

En tal circunstancia, reconocía, de facto, una especie de nueva causa extintiva al margen de lo previsto en el art. 49 ET, ya que, por más que puedan repasarse las mismas, no se encuentra ninguna que dé cobertura

[iii] al planteamiento extintivo que se desprende de aquellos fallos judiciales. De este modo, a nuestro modo de entender, la extinción se identificaría con un despido que debería ser calificado como improcedente por falta de causa.

Pero es que esta ausencia de causa, se refuerza, fundamentalmente, por los argumentos que recoge la sentencia de casación fijando una doctrina determinante, que no es otra que independientemente de que el convenio establezca o no unos efectos por la falta de preaviso en el plazo fijado en el mismo, no puede justificarse que lo que se produce es una pérdida del derecho de reincorporación puesto que ello va más allá de lo que la ley le permite.

Se está poniendo en duda, el mismo principio de jerarquía normativa constitucionalmente consagrado: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa (...)” (art. 9.3 CE). Lo que supone que si el art. 3.1 ET ordena jerárquicamente las fuentes de la relación laboral y en ella se reconoce la supremacía de la norma legal frente a la convencional, no cabe que ésta contradiga o se extralimite respecto de lo que aquella le permite.

De este modo, una regla convencional que resulta más restrictiva que lo que fija el texto legal que regula en origen el derecho, debe ser interpretada de manera restrictiva

y, por tanto, no puede, el incumplimiento del plazo de preaviso de un convenio colectivo oponerse al derecho reconocido en un precepto estatutario.

Recuérdese, a estos efectos la previsión general y determinante del art. 85.1 ET: Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo (...).

X. Apunte final

Como apunte final es preciso recordar que el art. 90.5 ET dispone que “Si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción social, la cual resolverá sobre las posibles deficiencias previa audiencia de las partes, conforme a lo establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social”.

La pregunta que nos formulamos a partir de aquí es si el precepto legal podía, en efecto, estar vulnerando la legalidad vigente, porque, en tal caso, debería haber seguido el camino que el citado art. 90.5 ET le señala. Y es que, si así fuera, tendría que verse que virtualidad podría haber tenido su posible falta de validez.

Lo cierto es que ello no se hizo, conforme al procedimiento previsto en el art. 163.1 LRJS

[iv], pero ello no excluye la actuación por parte de un afectado por su aplicación: “La falta de impugnación directa de un convenio colectivo de los mencionados en el apartado 1 de este artículo no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a Derecho (...)” (art. 163.4 LRJS). Pero es que, además, la misma previsión legal dispone que “El juez o tribunal que en dichos procedimientos apreciara la ilegalidad de alguna de las referidas disposiciones lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos”.

Si el precepto convencional se opone claramente a lo previsto en el art. 46 ET podría seguir este camino ¿o no supone una contradicción evidente?

Bueno, y si no lo fuera, no es descartable que sobrevengan nuevos procesos con una doctrina ya clara, pero que no es tampoco ilógico que puedan seguir algunas de las vías introducidas por las modificaciones que sobre la LRJS introduce el Real Decreto-ley 6/2023, pero cuya reflexión excede ya el contenido de este comentarios jurisprudencial.

[i] [i][i] De manera clásica pueden citarse los estudios de referencia en esta materia que siguen revistiendo absoluta actualidad y que nos enseñan las formas de relacionarse entre las distintas fuentes de la relación laboral: MARTÍN VALVERDE, A., “Concurrencia y articulación de normas laborales”, *Revista de Política Social*, núm. 119 (1978); GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.

[ii] Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes («BOE» núm. 242, de 7 de octubre de 2017); Resolución de 31 de mayo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo

del sector de grandes almacenes («BOE» núm. 139, de 11 de junio de 2021); Resolución de 30 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes («BOE» núm. 137, de 9 de junio de 2023).

[iii] Artículo 49. Extinción del contrato.

1. El contrato de trabajo se extinguirá:

a) Por mutuo acuerdo de las partes.

b) Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario.

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

Los contratos de duración determinada que tengan establecido plazo máximo de duración, incluidos los contratos formativos, concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios.

Expirada dicha duración máxima, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación.

Si el contrato de trabajo de duración determinada es superior a un año, la parte del contrato que formule la denuncia está obligada a notificar a la otra la terminación del mismo con una antelación mínima de quince días.

d) Por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar.

e) Por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2.

f) Por jubilación del trabajador.

g) Por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante.

En los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario, el trabajador tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario.

En los casos de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguirse los trámites del artículo 51.

h) Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo, siempre que su existencia haya sido debidamente constatada conforme a lo dispuesto en el artículo 51.7.

i) Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

j) Por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario.

k) Por despido del trabajador.

l) Por causas objetivas legalmente procedentes.

m) Por decisión de la persona trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género”.

[iv] “La impugnación de un convenio colectivo de los regulados en el Título III del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos, por considerar que conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, podrá promoverse de oficio ante el juzgado o Sala competente, mediante comunicación remitida por la autoridad correspondiente”.

§ 55 Juicios telemáticos y garantías procesales en el traslado de la prueba documental propuesta en el acto de juicio. Las imprecisas e insuficientes respuestas legales a esta problemática.

Juan Martínez Moya

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

Resumen: *En el contexto de un juicio oral por despido, con asistencia presencial del actor y telemática de la empresa demandada, en el momento de la práctica de la prueba, el juzgado no dio traslado a la parte demandada de la prueba documental aportada en el juicio oral por el demandante. El Tribunal Supremo considera que se le causó indefensión a la parte demandada y decreta la nulidad de actuaciones. En estos casos, el órgano judicial debió suspender la audiencia.*

Palabras clave: *Juicio telemático. Prueba documental. Principio de contradicción. Suspensión del juicio. Derecho de defensa.*

Abstract: *Dans le cadre d'un procès oral en licenciement, avec l'assistance personnelle du requérant (travailleur) et la télématique des sociétés défenderesses, au moment de l'audition des preuves, le tribunal n'a pas fourni au défendeur les preuves documentaires fournies lors du procès oral par le requérant (travailleur)demandeur. La Cour suprême considère que le prévenu était sans défense et prononce l'annulation de la procédure. Dans ces cas, l'organe judiciaire a dû suspendre l'audience.*

Keywords: *Audience télématique. La preuve documentaire. Principe de contradiction. Suspension du procès. Droit de défense.*

I. Introducción

El supuesto controvertido resulta novedoso por el escenario en el que se produce el conflicto: un juicio telemático, por despido, celebrado con asistencia presencial del actor y telemática de la empresa demandada. La incidencia se produjo en el momento de la práctica de la prueba, concretamente a la hora de realizar el traslado de esta. El juzgado no dio traslado a la parte demandada de la prueba documental aportada en el juicio oral por el trabajador demandante, pese a mediar protesta de la parte demandada.

La sentencia estima la demanda y declara improcedente el despido. La situación conflictiva, de naturaleza netamente procesal, se lleva vía suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia. Se discute si es necesario que en el recurso de suplicación se especifique cuál es la concreta prueba documental que causó indefensión material a la parte recurrente y por qué le causó indefensión para que se anulen las actuaciones de instancia. El Tribunal regional social descarta la indefensión invocada y confirma la sentencia de instancia.

En casación se reproduce esta controversia en los siguientes términos: ¿basta con que no se dé traslado de la prueba documental a la parte contraria para que se anulen las actuaciones de instancia? o ¿es necesario que en el escrito de interposición del recurso de suplicación se identifique la concreta prueba documental que, al no haberse evacuado el traslado, le causó indefensión y se explique por qué se la causó?

El TS (Social), con apoyo en la LEC y teniendo a la vista la nueva normativa Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, sobre juicios telemáticos y presentación de la prueba documental en estos supuestos, que aunque no aplicable por razones temporales, la trae a título ilustrativo, se inclina por una posición de máximo nivel de garantía procesales: las actuaciones judiciales telemáticas no puede suponer una merma de las garantías procesales, y no pueden comprometer el principio de contradicción, porque la introducción de nuevas tecnologías no puede menoscabar la integridad del proceso.

La solución del TS constata así la indefensión de la parte demandada que no tuvo oportunidad de examinar la prueba documental. Declara la nulidad de las actuaciones.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 756/2024, 29 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 3063/2024.

ECLI:ES:TS:2024:2985

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

**Primer momento:* lo acontecido ante el Juzgado de lo Social

+En el acto de la vista. En el contexto de un litigio por despido, el juicio oral se celebró con asistencia presencial del trabajador y telemática de las empresas. En el momento de la práctica de la prueba la empresa que estaba en remoto solicitó que se le diera traslado de la documental aportada por el trabajador demandante. El juzgado denegó dicho traslado. La parte demandada reiteró ese traslado antes de formular las conclusiones; lo que fue nuevamente denegado por el Juzgado, reaccionado la demandada con la formulación de protesta.

+La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social fue estimatoria de la demanda

**Segundo momento:* lo acontecido ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia

+Recurso de suplicación formulado por la parte demandada: solicitó la anulación de las actuaciones de instancia.

+La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ desestima el recurso desestimó el recurso de suplicación interpuesto por la empresa, en el que solicitaba la nulidad de las actuaciones por no haberle dado traslado de la prueba documental antes del trámite de conclusiones. El TSJ argumentó que el recurrente "no explica qué prueba documental de las aportadas por el demandante pudiera dar sentido a que se retrotraigan las actuaciones".

**Tercer momento:* lo acontecido ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

+ La parte demandada formuló recurso de casación unificadora solicitando la nulidad de actuaciones, argumentando que cada parte procesal tiene derecho a examinar la prueba aportada por la parte contraria y que se le ha causado indefensión al no haberlo podido hacer.

+La sentencia del TS (Social) que comentamos acoge el recurso y anula las actuaciones.

IV. Posición de las partes

- La empresa como parte demandada y recurrente en suplicación y casación para unificación de doctrina

Tratándose de una cuestión esencialmente de naturaleza procesal, la posición de las partes en este proceso está centrada en la reiterada alegación de indefensión invocada (en el juicio, en el recurso de suplicación y en el recurso de casación para unificación de doctrina) por la empresa demandada en un proceso por despido, en un escenario de juicio telemático, ante la negativa del Juzgado de lo Social a que se hiciera efectivo el traslado de la documental aportada por la parte demandante (el trabajador) antes de las conclusiones. La empresa intervino en remoto; el trabajador, presencialmente en la sede judicial. En el recurso de casación para unificación de doctrina la empresa denunció la infracción de los arts. 94.1 y 90.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS), del art. 24 de la Constitución y del art. 14.5 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre.

- El trabajador como parte actora y recurrida en suplicación y en casación para unificación de doctrina.

Presentó escrito de impugnación del recurso de casación para unificación de doctrina manifestando que no concurría el requisito de contradicción y solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

- El Ministerio Fiscal y su informe en el recurso de casación para unificación de doctrina

Informó en favor de la estimación del recurso de casación interpuesto por la empresa.

V. Normativa aplicable al caso

**Aplicable en el caso:*

- Constitución española: art. 24
- Ley Orgánica del Poder Judicial: art. 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), sobre actuaciones judiciales por videoconferencia o sistemas similares
- Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, artículos 14.1 y 5 sobre realización de actuaciones judiciales preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los juzgados, tribunales y fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello [...]
- Ley Reguladora de la Jurisdicción Social:
 -

-Art. 87.6 sobre aportación de pruebas documentales voluminosas o complejas, y posibilidad de que el órgano judicial conceda conclusiones complementarias.

-Art. 94.1 sobre la práctica de la prueba documental y su traslado a las partes en el acto del juicio, para su examen.

- Ley de Enjuiciamiento Civil:

-Art. 188.1.8ª sobre las causas de suspensión de la celebración de las vistas.

**No aplicable por razones temporales pero ilustrativa para resolver el caso:*

- El Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, y en particular Libro I

- Dentro del Título III. De la tramitación electrónica de los procedimientos judiciales. Cap. IV La presentación de documentos: Art. 45. Aportación de documentos en las actuaciones orales telemáticas^[1].

-Dentro del Título VIII -Medidas de eficiencia procesal-

... Art. 258 bis de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Celebración de actos procesales mediante presencia telemática^[2].

... Art. 129 bis Ley de Enjuiciamiento Civil, con el mismo contenido

VI. Doctrina básica

- La garantía de contradicción se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva del *art. 24 de la Constitución*.
- La celebración telemática del juicio oral, total o parcial no puede suponer una merma de las garantías procesales, y en modo alguno del principio de contradicción. La introducción de nuevas tecnologías no puede menoscabar la integridad del proceso.
- En el proceso social la prueba documental se aporta, como regla general, en el juicio oral. La garantía de contradicción se consigue mediante el traslado de los documentos aportados por cada parte procesal a la contraria (*art. 94.1 de la LRJS*).
- En los supuestos de juicios telemáticos el modo de proceder por parte del órgano judicial es el siguiente: (a) debe dar traslado de la prueba documental a la contraparte utilizando medios técnicos que permitan que la parte procesal que interviene telemáticamente pueda visualizar esos documentos; (b) si ese traslado resulta imposible materialmente en el acto de la vista, a pesar de la protesta de la parte, debe proceder, con base en el artículo 188.1.8º de la LEC, a suspender el acto de la vista para que se pueda cumplir ese trámite, evitando la indefensión de la parte contraria.
- Si ante la imposibilidad del traslado de la prueba documental a la contraparte el órgano judicial no acuerda la suspensión, se vulnera la garantía de contradicción y se causa indefensión a la parte que no ha podido ejercer su derecho de defensa en dicho trámite. La indefensión se produce porque la parte contraria no ha tenido oportunidad de oponerse a la admisión de la prueba documental bien por ser impertinente, inútil o ilegal; tampoco ha tenido oportunidad de impugnar la autenticidad del documento o la exactitud de la copia; ni ha podido argumentar en el trámite de conclusiones en contra de la eficacia probatoria de esa documental que no pudo examinar.

VII. Parte dispositiva

**Pronunciamiento principal:*

Anula las actuaciones y las repone al momento del juicio oral para que se proceda al traslado de la prueba documental. Este pronunciamiento comporta:

(1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Fissa Finalidad Social SL.

(2) Casar y anular la *sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 1282/2022, de 12 de abril (recurso 3983/2021)*).

(3) Resolver el recurso de suplicación interpuesto por Fissa Finalidad Social SL contra la *sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Seis de Alicante 364/2021, en fecha 26 de julio de 2021, procedimiento 559/2020* , en el sentido de estimar el recurso de tal clase, anular las actuaciones de instancia, mandando reponer los autos al momento del juicio oral para que el Juzgado de lo Social dé traslado de la prueba documental aportada por el actor a la parte demandada, continúe la tramitación del juicio y dicte otra sentencia resolviendo el fondo del asunto.

**Pronunciamiento accesorio:* no hay condena al pago de costas.

VIII. Pasajes decisivos

Fundamento de Derecho

“QUINTO.- 1.- La celebración telemática del juicio oral, total o parcial, no puede suponer una merma de las garantías procesales. La importancia de ese axioma queda evidenciada por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre. Esa norma acuerda que todas las actuaciones procesales se realizarán preferentemente mediante presencia telemática siempre que se disponga de los medios técnicos. Ese real decreto-ley no es aplicable a la presente litis por razones temporales, pero ilustra acerca de la importancia que previsiblemente van a tener las actuaciones procesales telemáticas. La introducción de nuevas tecnologías no puede menoscabar la integridad del proceso.

2.- Respecto de la práctica de la prueba, los órganos judiciales deben pronunciarse acerca de la admisión o inadmisión de cada uno de los medios de prueba propuestos por las partes. Deberán admitirlos cuando reúnan los requisitos de pertinencia, utilidad y licitud (*art. 283 de la LEC*). Una vez admitido un medio de prueba, deberá practicarse con todas las garantías, que incluyen la garantía de contradicción y la igualdad de armas en el proceso.

3.- En el proceso social la prueba documental se aporta, como regla general, en el juicio oral. La garantía de contradicción se consigue mediante el traslado de los documentos aportados por cada parte procesal a la contraria (*art. 94.1 de la LRJS*). Se consigue así que la contraparte pueda ejercer su derecho de defensa.

4.- En la presente litis, se celebró el juicio oral con asistencia presencial de la parte actora y telemática de las demandadas. La parte demandada presentó la prueba documental antes del juicio oral, lo que permitió que la parte contraria tuviera conocimiento de dichos medios de prueba y pudiera oponerse a su admisión, impugnar su autenticidad o exactitud y, en el trámite de conclusiones, exponer sus argumentos con la finalidad de desvirtuar su eficacia probatoria.

[...]

La celebración telemática del juicio oral no puede soslayar las citadas garantías procesales. El órgano judicial debe dar traslado de la prueba documental a la contraparte utilizando medios técnicos que permitan que la parte procesal que interviene telemáticamente pueda visualizar esos documentos.

5.- Cuando dicho traslado sea imposible porque el órgano judicial no dispone de los medios técnicos necesarios, deberá suspender la vista para que se pueda cumplir ese trámite, evitando la indefensión de la parte contraria.

El *art. 188.1 de la LEC* regula las causas de suspensión de la celebración de las vistas. En su apartado 8º dispone: "Art. 188.1. La celebración de las vistas u otros actos procesales en el día señalado sólo podrá suspenderse en los siguientes supuestos: 8º. Por imposibilidad técnica en los casos que, habiéndose acordado la celebración de la vista o la asistencia de algún interviniente por medio de

videoconferencia, no se pudiese realizar la misma en las condiciones necesarias para el buen desarrollo de la vista".

Esa norma es aplicable al supuesto en el que se haya acordado la celebración telemática de una vista oral y el órgano judicial no disponga de los medios técnicos para evacuar el traslado de la prueba documental a la parte contraria. En tal caso, deberá acordarse la suspensión de las actuaciones.

6.- El *art. 87.6 de la LRJS* (...) permite que las conclusiones se presenten después del juicio oral. Pero no es aplicable a un supuesto como el enjuiciado en este pleito porque la omisión del trámite de traslado de la prueba documental ha impedido que la parte contraria: a) Se oponga a la admisión de documentos, en cuyo caso el Juez de lo Social deberá pronunciarse acerca de su admisión o no. b) Impugne su autenticidad o la exactitud de la copia, en cuyo caso deberá tramitarse prueba de autenticación. Por ello, deberá suspenderse el juicio oral para que, en su caso, puedan evacuarse esos trámites. El *art. 87.6 de la LRJS* regula un supuesto distinto, relativo a pruebas documentales o periciales que se han admitido por el órgano judicial y que son extraordinariamente extensas o complejas.

SEXTO.- 1.- La estimación de un recurso de suplicación o casación en el que se denuncie la omisión del traslado de la prueba documental no exige que la parte recurrente identifique unos concretos documentos y explique por qué la falta de traslado de cada uno de ellos le ha causado indefensión. La omisión del traslado documental, por sí misma, causa indefensión [...]

3.- En definitiva, la omisión del trámite de traslado de la prueba documental impide que la parte contraria pueda exponer sus argumentos para oponerse a la eficacia probatoria de esos documentos, lo que vulnera la garantía de contradicción y le causa la indefensión prohibida por el *art. 24 de la Constitución*. Además, al haberse practicado la prueba documental de una de las partes con la garantía de contradicción mientras que la de la otra parte no ha tenido esa garantía, se ha vulnerado el derecho a la igualdad de armas en el proceso, que se integra en el *art. 24 de la Carta Magna*. El hecho de que el juicio oral se celebre con intervención telemática de una de las partes procesales no justifica el incumplimiento de estas garantías procesales."

IX. Comentario

1. Algunos referentes normativos (orgánicos y de legalidad ordinaria)

Los actos del proceso – el juicio, como acto paradigmático- deben practicarse, en principio, en la sede del órgano judicial (*art. 268.1 LOPJ*). Hay actuaciones que por su naturaleza misma se realizan fuera de dicho lugar (con ocasión, por ejemplo, de la práctica de diligencias preliminares -*art. 76 LRJS*- , anticipación de prueba -*art.78 LRJS*-, o el reconocimiento judicial -*art. 353 LEC*-).

El influjo de la digitalización ha impactado también en la realización telemática de las actuaciones procesales y preprocesales^[3], inicialmente – año 2003 - con fundamentos normativos fragmentados (el uso de la videoconferencia -*art. 229.3 LOPJ*-); después, por razones de necesidad, durante la pandemia, y, en último término, con más sólido descanso normativo, sin contradecir el mandato, en principio de naturaleza orgánica, con el *art. 103 del RDL 6/2023*, de 19 de diciembre^[4], con la modificación de tres preceptos clave: 1º El artículo 129 de la LEC, sobre el lugar de las actuaciones judiciales, que reforma el ap. 2 para señalar que "[L]as actuaciones que deban realizarse fuera del partido judicial donde radique la sede del tribunal que conozca del proceso se practicarán, cuando proceda, mediante videoconferencia siempre que sea posible y, en otro caso, mediante auxilio judicial", y añadir un nuevo apartado 4. "[L]as actuaciones judiciales también se podrán realizar a través de videoconferencia, en los términos establecidos en el artículo 229 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial." 2º Con el nuevo artículo 129 bis de la LEC sobre celebración de actos procesales mediante presencia telemática; y 3º El nuevo

art. 137 bis sobre "Realización de actuaciones judiciales mediante el sistema de videoconferencia".

2. *Notas sobre la génesis del juicio telemático*

Una breve consideración sobre la génesis de los juicios telemáticos. A veces asociamos el uso de la videoconferencia con la regulación del juicio telemático. El uso de la videoconferencia estaba ya regulado en la LOPJ desde hace tiempo (el apartado 3 del art. 229 se añadió por disposición adicional única de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, y tengamos presente que el RDL 6/2003 no modifica, ni podía hacerlo, la LOPJ). De hecho ha sido objeto de interpretación por la jurisprudencia penal (entre otras, STS, Penal 27 de junio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2163), a la que nos remitimos.

La regulación del juicio telemático cobra carta de naturaleza con ocasión de la crisis sanitaria. Se gesta en el marco de en el marco de una interlocución permanente, de clara co-gobernanza, no exenta de loable complicidad institucional, entre el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y la Fiscalía General del Estado a través de una intensa y regular colaboración durante los periodos más intensos de dicha crisis^[5]. Con una primera materialización normativa en el Real Decreto Ley 16/2020 (artículo 19), que corrió paralela con los trabajos realizados por el CGPJ durante el período más álgido de la pandemia y que cristalizaron en el Plan de choque del CGPJ para la reactivación tras el estado de alarma, aprobado el 16 de junio 2020, que tuvo una feliz y favorable acogida por el promotor de la norma (el Ministerio de Justicia). Sin duda, supuso un significativo avance porque permitió la celebración telemática de juicios en ciertos casos. Se trataba de garantizar la seguridad y la salud de los intervinientes en un proceso, al habilitar legalmente la celebración "en remoto" de procedimientos íntimamente vinculados con la legislación covid-19.

En esta crítica etapa la norma, se flexibilizó la puesta en marcha de esta clase de juicios promoviendo la rapidez y agilidad en la respuesta judicial, al permitir la deslocalización de los juzgadores y de los refuerzos a la hora de celebrar juicios vinculados con la legislación covid-19. Es incuestionable que la crisis y el recurso a la digitalización potenció la instauración de un expediente digital puro. Aquellas propuestas tuvieron traducción normativa en dicho real decreto ley, que cristalizó en la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

3. *Un "cuasipresupuesto" del proceso formulado en negativo: la tecnología aplicada al proceso no es un fin en sí mismo sino un instrumento para facilitar el trabajo*

La modernización – o mejor, la necesaria transformación- de la administración de justicia mediante el uso de nuevas tecnología no constituye un fin en sí mismo, sino un instrumento para facilitar el trabajo tanto para el órgano judicial como de los justiciables que actúan en los procesos a través de los profesionales designados que los representa y defienden. En ningún caso tales medios tecnológicos pueden convertirse en impedimento o valladar para la obtención de la tutela judicial a la que «todas las personas» (art. 24.1 CE) tienen derecho. Estas ideas-fuerza tomadas de la doctrina constitucional^[6] están latentes en la sentencia del TS (Social) que se comenta.

4. *La incorporación de la prueba documental en un juicio telemático mixto: remedios drásticos (la suspensión); efectos colaterales y secundarios (quiebra del principio de unidad de acto); marco legal insuficiente*

La respuesta que brinda al supuesto planteado de juicio telemático y materialización práctica (traslado) de la prueba documental se contextualiza en varios escenarios:

En el campo de los principios constitucionales: la celebración telemática del juicio oral, y por extensión de las actuaciones procesales, no puede suponer una merma de

las garantías procesales; y la desatención del principio de contradicción es causa automática de indefensión.

En el procedimental, en el litigio, ante la imposibilidad material del traslado de la prueba documental, la decisión judicial no puede ser otra que la de suspender.

La sentencia que comentamos, en apretada síntesis, tiene un *alcance pedagógico indiscutible*. Al menos por cuatro razones:

(a) Constituye una guía interpretativa de conceptos sobre el modo de llevar a cabo la práctica de la prueba documental en supuestos de lo que, bajo mi punto de vista, no son juicios telemáticos puros, sino mixtos, derivados de la intermediación presencial física – preceptiva para el órgano judicial (en sede judicial), y facultativa, pero presente, para una de las partes – , e intermediación virtual para la parte demandada.

(b) Fija con claridad el panorama normativo – el aplicable y el vigente (RDL 6/2023) pero que por razones temporales no es objeto de aplicación- ; y

(c) Después lleva a cabo unas distinciones conceptuales muy necesarias porque, en la práctica forense y judicial, a veces llevan a interpretaciones incorrectas de la regulación procesal de esta materia:

-En el momento de la prueba -como en todo juicio, se celebre o no de manera telemática- la primera operación del órgano es pronunciarse acerca de la admisión o inadmisión.

-Admitida por el órgano judicial debe dar traslado de la prueba documental a la contraparte.

-Si estamos en un juicio telemático, la secuencia siguiente será ordenar el traslado utilizando medios técnicos que permitan que la parte procesal que interviene telemáticamente pueda visualizar esos documentos.

-Cuando dicho traslado sea imposible porque el órgano judicial no dispone de los medios técnicos necesarios, el criterio del Tribunal Supremo es rotundo: deberá suspender la vista para que se pueda cumplir ese trámite, evitando la indefensión de la parte contraria, con fundamento en el art. 188.1 8º de la LEC. A tal efecto, deja claro que, en este caso no es aplicable el art. *art. 87.6 de la LRJS* pues éste regula un supuesto distinto, relativo a pruebas documentales o periciales que se han admitido por el órgano judicial y que son extraordinariamente extensas o complejas.

El remedio (la suspensión) ante la quiebra del principio de contradicción es efectivo. Es un antídoto para evitar la indefensión.

Ahora bien, dicho remedio en términos sistémicos de configuración del proceso laboral, ¿es eficiente? Parece que no, pues aboca a una suspensión, lo que genera, sin duda, disfunciones en el funcionamiento de la justicia si tenemos en cuenta las sobrecargadas agendas de juicio que soportan los tribunales laborales. Tampoco ayuda a fortalecer los principios contemplados en el art. 74.1 LRJS del proceso laboral como son los de concentración (vinculado a la unidad de acto), y el de celeridad -art. 74 LRJS- este último en buena medida devastado por la saturación de asuntos en los tribunales y la falta de una adecuada y organizada planta judicial (a la espera de los tribunales de instancia), y de reformas del proceso laboral acordes a la realidad de los litigios laborales que hoy día han incrementado su complejidad. Reformas, dicho sea de paso, que podrían hallarse en la introducción de la contestación escrita en determinados procesos, lo que permitirá racionalizar las agendas, o en establecer la postulación preceptiva en instancia, sin perjuicio del mantenimiento del beneficio de justicia gratuita para las personas trabajadoras y beneficiarios de la Seguridad Social.

Este contexto empuja al deber de acometer una reforma del proceso laboral que en los casos de juicios telemáticos articule la práctica de la prueba documental en el acto de juicio para evitar disfunciones (la suspensión de vistas). Con los mimbres

normativos vigentes – y conscientes de que la inversión presupuestaria en materia de justicia encuentra dificultades varias en su priorización - no parece que pueda haber otra solución.

Se podrá afirmar que el artículo 45 del RDL 6/2023, de 19 de diciembre ofrece una respuesta a esta situación; pero es evidente que si hacemos una lectura atenta del precepto, la respuesta que se ofrece es muy insuficiente puesto parte de una realidad digital plenamente implementada (lo que en el territorio nacional no acontece de manera generalizada ni uniforme), y también de manera imprecisa, pues confiere la decisión sobre el formato de la presentación (“las partes podrán presentar...”) a la discrecionalidad de las partes.

La prueba documental en los juicios laborales, cuando se aporta en el momento de juicio (regla general) se suele aportar en formato papel, o a lo sumo acompañado de réplica digitalizada. La incorporación en formato digital de la misma en el expediente digital (allí donde esté implementado) se lleva a cabo por la oficina judicial ex post, esto, es después del juicio. No hay en la LRJS norma que imponga carga procesal a la parte vaya a aportar la prueba documental en el acto de juicio, reglas impositivas sobre la necesidad de anuncio y anticipar el formato de la prueba. Estas previsiones deberían estar claras en la LRJS, y no lo están. De ahí la necesidad de articular mecanismos coherentes que resuelvan esta situación.

(d) En el importante haber de esta doctrina jurisprudencial, sin duda, está su visión de futuro inmediato: se anticipa, haciendo un juicio prospectivo, a estimular en los órganos judicial para llevar a cabo pautas o guías (con criterios uniformes) en la toma de decisiones procesales ante el ya vigente RD 6/2023, que generaliza el carácter preferente de los juicios telemáticos. Y también alerta a los operadores jurídicos para contribuir a evitar y/o mitigar disfunciones (lo son las suspensiones de vistas por este motivo) generando expectativas previsibles de conducta para robustecer la seguridad jurídica.

X. Apunte final

La celebración de juicios telemáticos no puede ni debe deslumbrarnos, ni muchos menos desviarnos, en la correcta dirección del debido proceso (tutela judicial efectiva).

En pocas palabras, el principio de contradicción (principio procesal natural o esencial) no puede verse, siquiera mínima, comprometido por las dificultades que pueden presentar el cumplimiento de los requisitos de lugar de los actos procesales (en sede judicial y con posibilidad de hacerlo, simultáneamente, con carácter mixto, de manera presencial y telemática).

La respuesta que brinda al supuesto planteado de juicio telemático y materialización práctica (traslado) de la prueba documental, como hemos visto, tiene su proyección en varios escenarios: constitucional – respeto al principio de contradicción, depura técnicamente el principio de audiencia o contradicción^[7] - y procedimental - la imposibilidad material del traslado de la prueba documental, obliga a suspender. En un contexto de juicio telemático, la imposibilidad del traslado de la documental para examen vulnera el principio de contradicción, audiencia o defensa, según se quiera precisar. No hay matiz alguno. Lo telemático, es medio o canal instrumental de celebración, nada más. Y no puede vulnerar garantías procesales El pronunciamiento del TS (Social) es expresivo de un “*prudente coraje*” porque anticipa haciendo un juicio prospectivo para marcar pautas o guías a los órganos judiciales en la toma de decisiones procesales ante el ya vigente RD 6/2023 que generaliza el carácter preferente de los juicios telemáticos, y también a los operadores jurídicos en pro de generar expectativas de conducta y seguridad jurídica.

Ahora bien, lo decidido por el Tribunal Supremo pone en evidencia que la respuesta dada es *un remedio para el caso*, pero también abre *nuevos horizontes y destapa grietas y debilidades del proceso laboral actual*.

Si bien se limita a poner un remedio concreto a una patología procesal como es la de qué hay que hacer ante la imposibilidad material del traslado de documentos, en vista total o parcialmente telemática, acudiendo al mecanismo de la suspensión de la vista, lo hace, como hemos visto, con visión prospectiva ante la previsible generalización de juicios telemáticos – justicia digital imprescindible en esta era-. Sin embargo, pese a esta solución, persiste una insuficiente e imprecisa regulación procesal de las vistas y actuaciones judiciales telemáticas, y, lo que es peor, una desigual o asimétrica ejecución de esta si atendemos a claves territoriales y organizativas.

Insuficiente por la falta de una vertebración sistemática de lo digital en las leyes procesales. Todavía tiene que mucho decir y aportar la doctrina procesalista, los tribunales y desde luego el legislador acerca de cómo compaginar las realidades tecnológicas en el proceso laboral con los principios clásicos plasmados en la LRJS de inmediación, oralidad, concentración y celeridad (artículo 74 LRJS). La planta judicial en el orden social (400 juzgados de lo social, 21 salas de lo social de Tribunales Superiores de Justicia integradas por 177 magistrados, una Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo) viene afrontando una ingente carga de trabajo y, pese a soluciones coyunturales como las comisiones de servicios para refuerzos en los planes de apoyo a juzgados de lo social, la agenda de señalamientos o los tiempos de respuesta a los recursos devolutivos vienen mostrando dilaciones incompatibles con la propia razón de ser de este orden jurisdiccional.

Imprecisa porque cuál es la razón de dotar preferencia a la celebración vistas telemáticas frente a las presenciales. La nueva norma, aunque marca supuestos y límites, deja en última instancia al control de cada juez/za la decisión final, lo que generará, si no se produce una cultura organizativa en la unificación de criterios, desigualdades.

Asimétrica en el grado de desarrollo de los sistemas de gestión procesal (inversión) e implantación de herramientas tecnológicas en función de si estamos ante territorio Ministerio de Justicia – órganos centrales, 5 CCAA y las ciudades de Ceuta y Melilla- o CCAA (12 en total) con competencias transferidas en materia de administración de la Administración de Justicia.

Para paliar esta situación nos encontramos con un panorama normativo que avanza en lo digital con el Real Decreto Ley 6/2023, de 2023, y en la interoperabilidad, pero no deja de tener complicados encajes tanto en la imprecisa e insuficiente regulación del artículo 45 sobre la aportación de documentos en las actuaciones orales telemáticas, en los términos que ya hemos tenido ocasión de criticar), como también en los muy complicados desajustes, en un ámbito competencial, de calado mayor, con la normativa orgánica procesal. Así sucede con el artículo 230 LOPJ -no modificado- que atribuye al Consejo General del Poder Judicial una responsabilidad basilar en la puesta a disposición de jueces y magistrados de los medios tecnológicos prestados por las administraciones con competencia en materia de administración de la administración de Justicia en cuyo desempeño debe verificar que los elementos técnicos de los programas y sistemas no supongan un condicionamiento o alteración del Estatuto jurídico de los miembros del Poder Judicial se puede afirmar que el Consejo desempeña al amparo del artículo 230 LOPJ^[8] suerte de regulación gatekeepers que la utilización por jueces y magistrados de los medios tecnológicos a su servicio como garante de la independencia judicial^[9].

Mientras tanto, y ante este imprecisa e insegura situación, y en espera de los Tribunales de Instancia, lo que procede es activar los mecanismos “parajurisdiccionales” vigentes (arts. 62 y 65 del Reglamento 1/2000, de los Órganos de Gobierno de Tribunales, aprobado por Acuerdo de 26 de julio de 2000, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial), insuficientes y algo desajustados a la realidad competencial de las oficinas judiciales, pero al menos orientados a la previsibilidad con objeto de unificar prácticas procesales en el ámbito de los Juzgado

de lo Social en el modo de cómo se deben conducir las partes en la presentación de documentos cuando el juicio se celebra de manera telemática

Referencias:

1. ^ 1. *En las actuaciones realizadas con intervención telemática de uno o varios intervinientes, y en los actos y servicios no presenciales, las partes podrán presentar y visualizar la documentación con independencia de si su intervención se realiza por vía telemática o presencial. A tal fin, los intervinientes por vía telemática que quieran presentar documentación en el mismo acto deberán presentarla por la misma vía, incluso en los casos en los que por regla general no estén obligados a relacionarse con la Administración de Justicia por medios electrónicos, y siempre de conformidad con las normas procesales".*
2. ^ Art. 258 bis de Ley de Enjuiciamiento Criminal (se añade un Título XIV al Libro I, que introduce el Artículo 258 bis. *Celebración de actos procesales mediante presencia telemática 1. Constituido el órgano judicial en su sede, los actos de juicio, vistas, audiencias, comparecencias, declaraciones y, en general, todas las actuaciones procesales, se realizarán preferentemente, salvo que el juez o jueza o tribunal, en atención a las circunstancias, disponga otra cosa, mediante presencia telemática, siempre que las oficinas judiciales o fiscales tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello, con las especialidades previstas en los artículos 325, 731 bis y 306 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 y artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y supletoriamente por lo dispuesto en la el artículo 137 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La intervención mediante presencia telemática se practicará siempre a través de punto de acceso seguro, de conformidad con la normativa que regule el uso de la tecnología en la Administración de Justicia.*
3. ^ NORES TORRES, LUIS, *Configuración y reforma del proceso laboral. Una justicia laboral para el Siglo XXI. Tirant lo blanch, alternativa*, 166, págs. 392 y ss. Valencia, 2024.
4. ^ *Esta modificación entro en vigor el 20 de marzo de 2024, conforme a lo establecido en la disposición final 9.2 del RDL 6/2023.*
5. ^ MARTÍNEZ MOYA, Juan. *La posición del Consejo General del Poder Judicial ante las reformas normativas que afectan al orden jurisdiccional social. Cuadernos Digitales de Formación N° volumen: 38 Año: 2021. CENDOJ.*
6. ^ *Sentencia núm. 55/ 2019, de 6 de mayo ECLI: ES:TC:2019:55.*
7. ^ DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. VEGA TORRES, J. *Derecho procesal. Introducción. Edición Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. 2000. págs. 49 y ss. Con precisiones conceptuales sobre el principio de audiencia indicando que algunos autores se refieren al "principio de contradicción", y su vinculación con los conceptos de derecho de defensa e indefensión.*
8. ^ Artículo 230. 1. *Los juzgados y tribunales y las fiscalías están obligados a utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales*

medios establecen el capítulo I bis de este título y la normativa orgánica de protección de datos personales. - Las instrucciones generales o singulares de uso de las nuevas tecnologías que el Consejo General del Poder Judicial o la Fiscalía General del Estado dirijan a los jueces y magistrados o a los fiscales, respectivamente, determinando su utilización, serán de obligado cumplimiento. [...] 6. Los sistemas informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia deberán ser compatibles entre sí para facilitar su comunicación e integración, en los términos que determine el Comité Técnico Estatal de la Administración de Justicia Electrónica.- La definición y validación funcional de los programas y aplicaciones se efectuará por el Comité Técnico Estatal de la Administración de Justicia Electrónica.

9. *^ Informe aprobado por la Comisión Permanente del CGPJ (2024), sobre el impacto del Real Decreto-Ley 6/2023 de 19 de diciembre por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del plan de recuperación transformación y resiliencia en materia de servicio público de la justicia Función Pública régimen local y mecenazgo en relación con el punto neutro judicial el control de las herramientas de inteligencia artificial en la administración de Justicia y la emisión de actos de juicios en abierto.*

- § 56 “Del Mito a la “Realidad jurídica” : ¿La categoría laboral del trabajador “indefinido no fijo” se opone al Derecho de la Unión Europea en materia de empleo temporal y de no discriminación en el acceso al empleo público? ¿Es realmente disuasoria y ajustada a los principios de nuestro ordenamiento jurídico ante las reiteradas irregularidades en la contratación laboral cometidas por el empleador público?”

José Luis Monereo Pérez

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

Resumen: AS-SOC (Pleno) de 30 de mayo de 2024 (RCUD núm. 5544/2023). Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego. Cuestión prejudicial planteada al TJUE en relación con el abuso de la contratación temporal en el empleo público y los problemas derivados de la aplicación de la STJUE de 22 de febrero de 2024 (asunto C-59/22). La cuestión consiste en determinar si el cumplimiento de las Cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (recogido en 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) exige calificar como fija la relación laboral mantenida por la trabajadora demandante con un organismo de la Administración pública, sustentada en varios contratos de duración determinada que se han prolongado en el tiempo durante más de tres años, o cumple adecuadamente con las exigencias del Acuerdo Marco la declaración de esa relación laboral como indefinida no fija y el aparejado reconocimiento de una indemnización disuasoria, a cuyo fin se plantea la siguiente cuestión prejudicial.

Palabras clave: Abuso de derecho y fraude de ley en las relaciones de trabajo en el sector público. Estabilidad en el empleo. Contratación temporal. Contrato indefinido no fijo. Contrato fijo.

Abstract: AS-SOC (Plenary) of 30 May 2024 (RCUD No. 5544/2023). Speaker: Mr. Sebastián Moralo Gallego. Question referred to the CJEU regarding the abuse of temporary hiring in public employment and the problems arising from the application of the STJUE of 22 February 2024 (Case C-59/22). The question is whether compliance with Clauses 2, 3 and 5 of the Framework Agreement on fixed-term work concluded on 18 March 1999 (annexed to Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the Framework Agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP) requires that the employment relationship maintained by the plaintiff worker with a public administration body be classified as fixed-term, on the basis of several fixed-term contracts which have lasted for more than three years, or does the declaration of that employment relationship as non-fixed indefinite-term and the associated award of

a dissuasive allowance adequately satisfy the requirements of the Framework Agreement, to which end the following question is referred for a preliminary ruling.

Keywords: *Abuse of rights and fraud of law in employment relationships in the public sector. Employment stability. Temporary contracts. Indefinite-term contracts. Permanent contracts.*

I. Introducción

El mandato constitucional del artículo 103.3 CE de elaborar un Estatuto del funcionariado público, no fue atendido hasta casi treinta años después, con la aprobación mediante Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). El EBEP actualmente, en su vigente redacción por el RD-Legislativo 5/2015, es la principal norma reguladora del régimen jurídico del personal de las Administraciones, aunque hay que señalar que se mantienen vigentes algunos preceptos anteriores, por un lado, y por otro, que el EBEP ha sido objeto de numerosas reformas de muchas de sus disposiciones.

El mandato constitucional del artículo 103.3 CE de elaborar un Estatuto del funcionariado público, no fue atendido hasta casi treinta años después, con la aprobación mediante Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). El EBEP actualmente, en su vigente redacción por el RD-Legislativo 5/2015, es la principal norma reguladora del régimen jurídico del personal de las Administraciones, aunque hay que señalar que se mantienen vigentes algunos preceptos anteriores, por un lado, y por otro, que el EBEP ha sido objeto de numerosas reformas de muchas de sus disposiciones (de las que, por cierto, se da cuenta en la obra del profesor Baquero Aguilar).

La Exposición de Motivos del EBEP señala como uno de sus principales objetivos el aportar una regulación que conforme los “principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público”, teniendo como fin la eficacia y mejora de la calidad de los servicios públicos, regulando “aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio”. Se trata, por tanto, de proporcionar una regulación básica para el personal funcionario, pero también determinar un marco normativo básico y especial para el personal laboral a su servicio, de ahí que su denominación haga referencia a un Estatuto para los “empleados públicos”. Además reconoce su condición de inicio de un proyecto, manifestando que es un “paso importante y necesario en un proceso de reforma, previsiblemente largo y complejo, que debe adaptar la articulación y la gestión del empleo público en España a las necesidades de nuestro tiempo”.

Es manifiesto, pues, que el principal objetivo de la regulación es la modernización de la gestión del personal al servicio de la Administración Pública, en orden a conseguir la eficacia y calidad del servicio prestado a los ciudadanos, inspirados en los valores e instrumentos de la gestión de personal de las empresas privadas como telón de fondo, sin perjuicio de la permanencia de valores y principios clásicos del empleo público como el acceso sometido a los principios de igualdad, de capacidad y mérito, o la inamovilidad de los funcionarios de carrera. El informe de los expertos (en el proceso de reforma y modernización del empleo público) hacía una remisión directa a “la importancia de la gestión de recursos humanos” (por cierto discutible expresión, pues sin son humanos no pueden ser calificados como meros “recursos”), afirmando que “cualquier Administración que aspire a prestar con eficacia y eficiencia servicios de elevada calidad, precisa de estos instrumentos de ordenación y gestión de recursos humanos o de otros semejantes”. Existe una complejidad vinculada a la dimensión del personal público consecuencia de la estructura territorial descentralizada. Las relaciones de empleo en la Administración evolucionan lenta pero progresivamente, dependiendo de la política del momento y de las necesidades y cambios del propio sector público. No obstante actualmente en nuestro país existen dos características

que la definen, que determinan la distribución de competencias en materia de empleo público y su forma de organización, que son: por un lado, la existencia de dualidad de vínculos, funcional y laboral, coexistiendo en las distintas Administraciones; y por otro, el desarrollo de la realidad territorial de España y su reconocimiento constitucional y, consecuentemente, de la función pública en las distintas Administraciones.

La dualidad de los regímenes reguladores de los empleados públicos hay que recordar que su origen se remonta a la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, que fue la que introdujo el principio de la ruptura del modelo tradicional de la función pública, -de nítida influencia francesa-, a un modelo de relaciones de empleo de influencia anglosajona. Con esta norma se abrió las puertas a la contratación laboral en la Administración, y con ella se inicia un cambio de concepto, con profundas modificaciones en distintos aspectos de la regulación del empleo público. En definitiva se puede afirmar que esta norma preconstitucional fue la que puso fin, de un modo definitivo, a la exclusividad de la relación funcional, abriendo paso a los contratos laborales, los contratados en régimen de Derecho Administrativo, y los funcionarios eventuales, o también llamados de confianza. La dualidad de regímenes funcional y laboral en la Administración se mantiene con la Constitución de 1978, recibiendo un nuevo impulso con la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, que no obstante hubo de ser modificada por Ley 23/1988, de 28 de julio, como consecuencia de una Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, en la que se declara no constitucional la falta de límites entre las contrataciones laborales de personal y la funcional. El concepto “empleado público”, que da título a al propio TREBEP^[1], es el reflejo directo de la esencia y objetivo de la norma: regular de forma conjunta, sin perjuicio de sus especificidades, las bases del régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones públicas. Se establece así una clasificación que reconoce como empleados públicos: a) Funcionarios de carrera. b) Funcionarios interinos. c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal. d) Personal eventual. En esta clasificación se incluye una delimitación de quienes son los sujetos en el marco de una relación laboral. Se habla, concretamente de “contratados fijos, por tiempo indefinidos o temporales”. Las dificultades sobrevenidas a la figura del “indefinido no fijo” vienen porque aunque encuentra acomodo en el EBEP no está incluida en el Estatuto de los Trabajadores. Y es que, la remisión que hace el EBEP a este último en cuanto a la aplicación de la legislación laboral resulta contradictoria con esa salvedad introducida en el mismo artículo 11 TREBEP^[2]. Esto es, se podrá contratar de acuerdo a las distintas modalidades que recoge la normativa laboral, pero, en dicha normativa no hay una regulación expresa de esa figura. No parece, por tanto, que quepa la contratación *ab initio* del indefinido no fijo, sino que sería una consecuencia, no una opción^[3]. En este sentido, lo que se incluye no es un tipo de contratación, sino un tipo de relación jurídica en la que su naturaleza, no estrictamente “temporal”, viene condicionada por la existencia de un factor determinante que no se aprecia en la empresa privada: el interés público. En lo que se refiera al acceso al empleo público y a los principios rectores de la selección de personal, cabe señalar, como es sabido, el acceso al empleo público y la adquisición de la relación de servicio del empleado público está condicionado por unos principios rectores: Los principios de igualdad, mérito y capacidad (artículos 23.2 y 103.3 CE, en relación con el artículo 14 de la misma Norma Fundamental). Como se sabe, la Ley que cumple actualmente con ese mandato constitucional no es otra que el TREBEP.

En este marco normativo, complejo y en evolución, la categoría laboral del trabajador indefinido no fijo ha sido siempre muy controvertida desde su creación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y no ha dejado de serlo aun cuando fue reconocida por la versión originaria de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público^[4] hasta TREBEP^[5]. Este contexto explosiona –como último hito de un largo proceso de experiencia jurídica- con la reciente STJUE de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22; C-110/22 y C-159/22), que se pronunció sobre diferentes cuestiones prejudiciales planteadas por parte de la Sala Social del TSJ de Madrid, relativas a la misma materia que es objeto de este litigio. Esto es, la de

determinar si la normativa legal española, en la forma en que es interpretada por la jurisprudencia, es acorde con la cláusula 5 del Acuerdo Marco, y contempla la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera el apartado 1 de la misma, o medidas legales equivalentes, a efectos de prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, cuando el empleador es un organismo del sector público.

La aplicación de dicha STJUE por parte de los órganos judiciales españoles ha generado múltiples y dispares interpretaciones, en los numerosos litigios en los que está en juego la calificación como fija o, indefinida no fija, de la condición del personal laboral contratado de manera irregular mediante contratos de duración determinada por los organismos y administraciones del sector público. Hasta el punto, incluso, de que el propio órgano judicial que suscitó aquellas cuestiones prejudiciales ha resuelto definitivamente los litigios a los que se refieren, en el sentido de entender que dicha STJUE no obliga a declarar la relación laboral como fija, sino que permite considerar que es adecuada y suficiente para cumplir con las exigencias derivadas de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco su calificación como indefinida no fija, conforme al régimen jurídico atribuido a este figura en la jurisprudencia nacional.

Por las razones que expone la propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo en el Auto objeto de comentario, éste también alberga dudas razonables acerca del modo de aplicar los preceptos tomados en cuenta por la STJUE de 22 de febrero de 2024 y la respuesta que en ella se ofrece respecto de las cuestiones suscitadas. De aquí la transcendencia de recabar una respuesta del Tribunal de Justicia de la UE, para aclarar si es conforme a la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco contenido en la Directiva 1999/70, la doctrina del Tribunal Supremo que limita el reconocimiento de la condición de trabajador fijo en el sector público a quien accede al empleo público tras haber superado un proceso selectivo conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, calificando por el contrario como indefinida no fija la relación laboral del trabajador temporal contratado por un empleador público de manera ilegítima o en abuso de contratos de duración determinada.

Este es el estado de situación jurídica que tiene como telón de fondo el mismo cuestionamiento de la categoría del indefinido no fijo por su posible falta de acomodación a la Directiva 1999/70, Cláusula 5 del Acuerdo Marco, titulada “Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva”^[6].

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Auto.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Pleno. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: Auto de 30 de mayo de 2024.

Tipo y número recurso o procedimiento: Unificación Doctrina núm.5544/2023.
Procedimiento: Cuestión Prejudicial.

ECLI:ES:TS:2024:6188A.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La trabajadora demandante viene prestando servicios como personal laboral para la Comunidad de Madrid (CAM), desde el 2 de marzo de 2016, con la categoría de técnico especialista, desempeñando funciones de cuidadora de niños en un centro educativo público.

La demandante solicita que se le reconozca la condición de trabajadora *fija* de la CAM, porque la relación laboral se ha prolongado durante más de tres años desde su inicio el 2 de marzo de 2016, a través de varios contratos de interinidad para desempeñar puestos de trabajo vacantes hasta la definitiva cobertura de los mismos.

La sentencia del Juzgado de lo Social nº 13 de Madrid, de 13 de marzo de 2023, estimó en parte la demanda y calificó como indefinida no fija la relación laboral, porque se ha prolongado en el tiempo durante más de tres años sin que la empleadora haya cubierto la plaza ocupada por la demandante. La sentencia de 27 de noviembre de 2023, rec. 228/2023, de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid desestimó el recurso de suplicación formulado por la trabajadora, para confirmar en sus términos la sentencia del Juzgado. Frente a dicha sentencia interpuso la parte demandante recurso de casación para la unificación de doctrina ante esta Sala Social del Tribunal Supremo.

IV. Posición de las partes

-La demandante solicita que se le reconozca la condición de trabajadora *fija* de la CAM, porque la relación laboral se ha prolongado durante más de tres años desde su inicio el 2 de marzo de 2016, a través de varios contratos de interinidad para desempeñar puestos de trabajo vacantes hasta la definitiva cobertura de los mismos.

-La CAM se opone a dicha pretensión, por considerar que la relación laboral ha de calificarse como indefinida no fija, al ser la empleadora un organismo de la Administración Pública, cuyo personal solo puede adquirir la condición de fijo cuando la contratación se hubiere formalizado a través del correspondiente procedimiento selectivo, conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen para el acceso al empleo público.

V. Normativa aplicable al caso

- Tratado de la Unión Europea.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- 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.
- Reglamento (UE) nº 492/2011 de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.
- Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).
- Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.
- Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2017 y 2018.
- Los artículos 14, 23, apartado 2, 23, apartado 2, 103.3, 35.1, 53, 10.2 y 93 a 96 de la Constitución Española.
- Ley Orgánica del Poder Judicial.
- Ley de Enjuiciamiento Civil.

VI. Doctrina básica

El acceso al empleo público español de carácter fijo debe respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad. El Derecho español permite a los organismos públicos contratar a personal laboral conforme a las disposiciones ordinarias del derecho del trabajo contenidas en el ET. Las dudas en la aplicación de la citada STJUE de 22 de febrero de 2024, surgen al analizar cual haya de ser la respuesta adecuada a esa misma cuestión cuando la empleadora es un organismo de la administración pública, puesto que, a diferencia de la empresa privada, la contratación del personal laboral de

las entidades públicas se encuentra sometida a la obligación de respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen en el acceso al empleo público. Lo que impide atribuir la condición de trabajador fijo en el sector público a quien no ha superado los procesos selectivos que deben ser convocados para cubrir esos puestos de trabajo conforme a los indicados principios, para salvaguardar el derecho de todos los ciudadanos de acceder al empleo público en igualdad de condiciones. Los principios de igualdad, mérito y capacidad son por lo tanto aplicables a todas las modalidades de acceso al empleo público, tanto a los funcionarios como al personal laboral. No hay en esta materia ninguna discrepancia entre la doctrina del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional. Ambos Tribunales consideran que el art. 103. 2 de la Constitución es aplicable al personal laboral de los organismos y administraciones públicas, para garantizar el cumplimiento en ese ámbito del acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Es así que la obtención de una plaza como “contratado fijo” debe atender a esos principios constitucionalmente consagrados. De lo que resulta, que el acceso al empleo público no solo debe respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad que garantiza la Constitución española, sino también el de la libre circulación de trabajadores conforme a las normas que regulan el Derecho de la Unión Europea. Por consiguiente, el cumplimiento de las normas españolas, así como las de la Unión Europea, cuando el puesto de trabajo no está excluido de la libre circulación de trabajadores, requiere que el acceso a un empleo público de carácter fijo solo sea posible si previamente se ha ofrecido en convocatoria abierta para que puedan optar al mismo los ciudadanos de la Unión Europea que así lo deseen y reúnan los requisitos al efecto.

En este contexto la figura del trabajador indefinido no fijo constituye una respuesta a los abusos de temporalidad en el sector público, que aparece indirectamente respaldada en la jurisprudencia del TJUE. La condición de indefinido no fijo impide la resolución del contrato de duración determinada, y despliega el efecto jurídico de mantener la vigencia del vínculo contractual hasta la definitiva cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario legalmente correspondiente. En cuyo momento se extingue la relación laboral del trabajador indefinido no fijo, con el pago de una indemnización de 20 días por año de servicio, a la que no tendría sin embargo derecho en el caso de que los contratos de duración determinada fuesen legítimos y no abusivos. 52. A lo que debe añadirse, que durante la vigencia del vínculo laboral, la jurisprudencia reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos los mismos derechos que a los trabajadores fijos en todos los ámbitos de la relación laboral, incluso en aquellos que conllevan la posibilidad de acceder a otros puestos de trabajo diferentes del que fue objeto de la contratación temporal inicial, y en cualquier clase de materia (remuneración, promoción profesional, incentivos, etc...). Con la calificación del despido como nulo, con la obligada readmisión del trabajador indefinido no fijo, si el cese se produce una vez declarada tal condición y bajo la invocación por el empleador de la llegada de un término temporal que es inexistente. De igual manera que se reconoce a favor de los trabajadores indefinidos no fijos la misma indemnización que corresponde a los trabajadores fijos en caso de despido improcedente, si la extinción de la relación laboral es ilegítima y no obedece a la cobertura reglamentaria de la plaza que estaban desempeñando. En nuestro Derecho interno el abono de la indemnización por extinción de la relación laboral indefinida no fija obedece a la consideración ilegítima o abusiva de la utilización de los contratos de duración determinada por parte de los empleadores del sector público. Por otra parte, las convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por los trabajadores temporales, entre ellos los indefinidos no fijos, tienen como uno de sus objetivos el de reparar el carácter ilegítimo o abusivo de la utilización de los contratos de duración determinada en el sector público.

El Tribunal Supremo entiende que la aplicación del Derecho de la Unión no puede llevar a una consecuencia tan drástica a nivel de Derecho interno de convertir automáticamente en trabajadores fijos, cuando hay medidas alternativas, como la calificación de la relación laboral de indefinida no fija, que permite la adecuada

conciliación de los principios del Derecho nacional con las obligaciones que impone el Derecho de la Unión.

VII. Parte dispositiva

La Sala 4º del Tribunal Supremo Acuerda: A) Elevar petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea del tenor siguiente: CUESTIONES QUE SE FORMULAN AL TRIBUNAL DE JUSTICIA 1. Principal. ¿Se opone a la cláusula 5 del Acuerdo Marco la doctrina jurisprudencial que, defendiendo los principios de igualdad, mérito, capacidad y no discriminación en la libre circulación de trabajadores, niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos del sector público a los trabajadores indefinidos no fijos? 2. Subsidiaria. De ser afirmativa la respuesta a la anterior pregunta: ¿El reconocimiento de una indemnización disuasoria al trabajador indefinido no fijo en el momento de la extinción de su relación laboral, puede considerarse como una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales en el sector público con arreglo a la cláusula 5 del Acuerdo Marco? B) Solicitar al Tribunal de Justicia la tramitación por el procedimiento acelerado de la petición, o en su caso, tratamiento prioritario. C) Suspender las actuaciones hasta que se pronuncie el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, junto con una versión anonimizada de la misma y copia de los autos, en la forma prevista en los apartados 23 y 24 de las "Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales", a través de la aplicación e-Curia. Remítase copia simple al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial (REDUE, Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea).

VIII. Pasajes decisivos

En orden la justificación de la procedencia del planteamiento de la cuestión prejudicial, hay que partir de que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo tiene atribuida la competencia de unificar la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico laboral llevada a cabo por todos los órganos judiciales del Estado, siendo sus decisiones las únicas que tienen atribuida el carácter de jurisprudencia, con arreglo al artículo 1.6 del Código Civil.

El problema práctico, que viene arrastrando la figura controvertida del indefinido no fijo, en una interminable polémica se ha vuelto a recrudecer atendiendo la reciente STJUE de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22; C-110/22 y C-159/22) ^[7], se ha pronunciado sobre diferentes cuestiones prejudiciales planteadas por parte de la Sala Social del TSJ de Madrid, relativas a la misma materia que es objeto de este litigio. Esto es, la de determinar si la normativa legal española, en la forma en que es interpretada por la jurisprudencia, es acorde con la cláusula 5 del Acuerdo Marco, y contempla la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera el apartado 1 de la misma, o medidas legales equivalentes, a efectos de prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, cuando el empleador es un organismo del sector público.

La aplicación de dicha STJUE por parte de los órganos judiciales españoles ha generado múltiples y dispares interpretaciones, en los numerosos litigios en los que está en juego la calificación como fija o, indefinida no fija, de la condición del personal laboral contratado de manera irregular mediante contratos de duración determinada por los organismos y administraciones del sector público. Hasta el punto, incluso, de que el propio órgano judicial que suscitó aquellas cuestiones prejudiciales ha resuelto definitivamente los litigios a los que se refieren, en el sentido de entender que dicha STJUE no obliga a declarar la relación laboral como fija, sino que permite considerar que es adecuada y suficiente para cumplir con las exigencias derivadas de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco su calificación como indefinida no fija, conforme al régimen jurídico atribuido a este figura en la jurisprudencia nacional.

Esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo también alberga dudas acerca del modo de aplicar los preceptos tomados en cuenta por la citada STJUE de 22 de febrero de 2024 y la respuesta que en ella se ofrece respecto de las cuestiones suscitadas. De aquí la trascendencia de recabar una respuesta del Tribunal de Justicia, para aclarar si es conforme a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco la doctrina de este Tribunal Supremo que limita el reconocimiento de la condición de trabajo fijo en el sector público a quien accede al empleo público tras haber superado un proceso selectivo conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, calificando por el contrario como indefinida no fija la relación laboral del trabajador temporal contratado por un empleador público de manera ilegítima o en abuso de contratos de duración determinada.

36. Para una mejor comprensión del hilo argumental del Tribunal Supremo conviene establecer sus hitos fundamentales:

1) El acceso al empleo público español de carácter fijo debe respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad.

2) La libre circulación de trabajadores incluye la posibilidad de participar en las convocatorias para acceso a empleos fijos en el ámbito público.

3) El empleo desempeñado por la trabajadora demandante no es de los excluidos de la libre circulación.

4) El cumplimiento de las normas (españolas y de la UE, requiere que el acceso a un empleo público de carácter fijo solo sea posible si previamente se ha ofrecido para que puedan optar al mismo cuantas personas (del ámbito UE) así lo deseen.

5) La figura del indefinido no fijo constituye una respuesta a los abusos de temporalidad en el sector público y aparece indirectamente respaldada por la jurisprudencia del TJUE. Alguna sentencia del Tribunal de Justicia ha parecido avalarla, de manera más o menos implícita.

6) Nuestra jurisprudencia ha equiparado los derechos del personal indefinido no fijo con los del personal fijo (remuneración, promoción profesional, incentivos, etc.) sin perjuicio de requerir a la Administración empleadora para que la plaza sea convocada a concurso público.

7) Además de las normas sobre responsabilidad de quienes cometen los abusos en la contratación pública, la jurisprudencia viene reconociendo en favor del indefinido no fijo cesado por no superar las pruebas convocadas, en su caso, una indemnización compensatoria equivalente a la de las personas despedidas por crisis económica.

8) El cese de un trabajador indefinido no fijo por cualquier causa diversa a la apuntada es tratado como el de un empleado fijo.

9) El cese de un trabajador al que se le ha reconocido la condición de indefinido no fijo, invocando la llegada de un término temporal (que es inexistente) aboca a la declaración de que existe un despido nulo (con obligada readmisión).

10) Diversas normas sobre estabilización o consolidación de empleos temporales han sido aprobadas en los últimos años, entre cuyos objetivos se encuentra el de regularizar las situaciones derivadas del carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada.

37. Teniendo además en cuenta a estos efectos, que la STJUE de 3 de junio de 2021, C-726/19, apartado 73, invocando el precedente de la STJUE 14 de septiembre 2016, C-197/2015 y C-184/2015, parece aceptar que la conversión de la relación laboral en indefinida no fija pudiere ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de duración determinada cuando el empleador es un organismo público, al indicar a tal efecto que “En este contexto, procede señalar que el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que no exista ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, extremo que

corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los «trabajadores indefinidos no fijos» podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco”.

En conclusión, entiende el Alto Tribunal que: 1) Está en juego tanto el derecho a la no discriminación y la libre circulación de cuantas personas quisieren intentar acceder al empleo público desempeñado por quien solo debía haberlo hecho de modo temporal. 2) Existen numerosas garantías y cautelas para proteger a estas personas indefinidas no fijas, pero sin concederles la definitiva propiedad del puesto desempeñado. Por tanto, estimamos necesario, para resolver de modo definitivo la contienda suscitada por la demandante, que ese Tribunal de Justicia *despeje la duda de si la expuesta construcción sobre los indefinidos no fijos se opone al Derecho de la UE* en materia de empleo temporal y de no discriminación en el acceso al empleo.

Con un criterio de Derecho comunitario -adicional a la Directiva 1999/70 aplicable- el Tribunal Supremo proyecta también el principio de igualdad de acceso al empleo público de ciudadanía laboral en el marco de la libre circulación de trabajo dentro de la Unión. El Reglamento (UE) n° 492/2011 de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión 21, dispone en su artículo 1.1 que “Todo nacional de un Estado miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado”.

IX. Comentario

La dinámica expansiva del Estado intervencionista ha hecho proclive el reclamo de generalizados de prácticas de contratación laboral en diversos ámbitos del sector público (Administraciones Públicas, entes públicos instrumentales y empresas públicas) como los servicios sociales, económicos y culturales –la educación, la salud, servicios sociales, etc.- y de la seguridad –como la apertura de espacios a seguridad privada, la administración penitenciaria, etc.).

Existe un amplio conjunto de sentencias significativas y paradigmáticas del Tribunal Supremo condenatorias y con la aplicación de la doctrina de la calificación de indefinidos no fijos de los trabajadores afectados por el tráfico ilegal^[8]; pronunciamientos judiciales que evidencian un elevado incumplimiento de la normativa laboral por parte de las Administraciones Públicas. Esta jurisprudencia –más allá de su acierto en todos los sentidos- ha tenido una pertinente dimensión creativa, que trata de afrontar por vía de interpretación las deficiencias apreciables en el sistema legal regulador.

Las irregularidades en la contratación laboral (contratación irregular por abuso de derecho y fraude de ley) y los supuestos de cesión ilegal (integrando un supuesto de interposición ilegal en la relación laboral)^[9] han venido planteando la emergencia, primero, y “normalización”, después, de la compleja figura del personal laboral “indefinido no fijo” en las Administraciones Públicas (extendida después a todo el sector público empresarial y funcional), que se suma al personal laboral con contrato “indefinido” (“fijo”) propiamente dicho.

El problema práctico tiene su presupuesto en anomalías jurídicas en la contratación de las Administraciones Públicas, tales como el fraude de ley en la contratación temporal, cesiones ilegales de trabajadores, falsos autónomos, etcétera. “Pero la calificación de la naturaleza indefinida no fija de la relación de trabajo concernida no supone la desaparición de los problemas, sino más bien su inicio, dado que esta figura contractual en sí es contradictoria con las categorías generales del ordenamiento laboral y además el régimen jurídico de esta figura no se encuentra bien precisado en el sistema legal, como después se indicará, la jurisprudencia al respecto

viene siendo oscilante y, para colmo la instauración de esta figura contractual no ha disuadido a las Administraciones Públicas actuantes (contratantes) a realizar malas prácticas contractuales o decididamente ilícitas o irregulares”^[10].

El TJUE se ha pronunciado reiteradamente sobre los límites de la contratación laboral y su regularidad. Resultó paradigmáticamente, la STJUE de 13 de marzo de 2014, que aplica la Directiva 1999/70/CE- Acuerdo marco de la CES, UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada a las *Universidades* (aunque en particular respecto de los Profesores asociados a tiempo parcial), incidiendo a la problemática de la sucesión de contratos de trabajo de duración determinada-Cláusula 5, apartado 1- Haciendo referencia a las medidas que tienes por objeto prevenir el recurso abusivo a los contratos de trabajo de duración determinada – concepto de “razones objetivas” que justifican tales contratos –Cláusula 3-; precisando el concepto de “contrato de duración determinada” y concepto de contrato de duración determinada-Diferencia de trabajo entre trabajadores con contrato de trabajo de duración indefinida”.

En todo caso, la falta de una regulación legal más adecuada del personal laboral que presta servicios en la Administración que precisara en concreto su estatuto jurídico, está contribuyendo a la creación de conflictos jurídicos de relevancia. Y es que resulta sorprendente que la EBP/2007 consagrara legalmente esta figura del trabajador indefinido no fijo (de originaria creación jurisprudencial) sin dotarla de un régimen jurídico laboral mínimo, haciendo dejación de su función y encomendando en la práctica a la doctrina judicial y especialmente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (y por extensión a la justicia constitucional) la *creación*, oscilante y compleja. Se trataría de un estatuto reforzado que, reclamando la razonabilidad jurídico-social garantista del Derecho del Trabajo clásico, sea efectivamente disuasorio de las prácticas irregulares y de las anomalías en la contratación laboral efectuadas por las Administraciones Públicas con manifiesto incumplimiento de las ordenamiento laboral. Por lo demás, ello viene impuesto expresa y concretamente por la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, que incorpora el Acuerdo Marco CE-UNICE-CEEP sobre el trabajo de duración determinada y su correcta y autorizada interpretación por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 4 de julio de 2006, TJUE 2006, 181, asunto Adeneler, C-212/04, y 7 de septiembre de 2006, TJUE 2006, 224, asunto Cristiano Marrossu y Sardino, C-53/04; las que le siguieron otras muchas citadas en el Auto aquí comentado)^[11]. Ya en sí la misma figura de los indefinidos no fijos resulta controvertida, porque no resuelve correctamente el problema: los trabajadores indefinidos mantienen una posición jurídicamente precaria y marcada por la inseguridad jurídica, su situación es existencialmente conflictiva determinando la “judicialización”. Y es que la figura jurídica del “indefinido no fijo” en las Administraciones Públicas, por actuaciones jurídicamente irregulares de la Administración actuante (artículo 8.2. c) y 11. 1 del EBEP/2007 y del TREBP/2015), constituye en sí una anomalía jurídica que ha tratado de escapar a la lógica específica del Derecho del Trabajo creando una categoría jurídica laboral situada en un espacio vacío de intersección entre el trabajador indefinido y el trabajador temporal.

Ello no obstante, esta figura “legal” del indefinido no fijo” tampoco tiene la virtualidad de disuadir o de persuadir eficazmente a la Administración de las malas prácticas y de la utilización de las fórmulas irregulares de contratación o de cesión ilegal de trabajadores, permitiendo una gran discrecionalidad a la Administración o ente público actuante. Pero en todo caso sería necesario en esto alcanzar un equilibrio justo entre los principios constitucionales aplicables al empleo público, el resarcimiento de perjuicios y la eficiencia y responsabilidad administrativa. Sin embargo, más allá de las necesarias garantías legales de la posición jurídico-laboral de los trabajadores afectados se impone el sentido común de la prevención –más vale prevenir que curar-, en relación a él, la determinación de un código de buenas prácticas en la contratación de las Administraciones Públicas; un código de buenas prácticas cuyo marco más idóneo de regulación sería la negociación colectiva en el sector público. De este modo, la combinación virtuosa entre garantismo legal/convencional y

responsabilidad jurídica y social contribuir a suprimir o atenuar las anomalías jurídicas de la actuación de la Administración o ente público actuante en lo atinente a la contratación laboral^[12].

Y tras numerosas vicisitudes la STJUE de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22; C-110/22 y C-159/22), se ha pronunciado sobre diferentes cuestiones prejudiciales planteadas por parte de la Sala Social del TSJ de Madrid, relativas a la misma materia que es objeto de este litigio. Esto es, la de determinar si la normativa legal española, en la forma en que es interpretada por la jurisprudencia, es acorde con la cláusula 5 del Acuerdo Marco, y contempla la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera el apartado 1 de la misma, o medidas legales equivalentes, a efectos de prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, cuando el empleador es un organismo del sector público. La aplicación de dicha STJUE por parte de los órganos judiciales españoles ha generado múltiples y dispares interpretaciones, en los numerosos litigios en los que está en juego la calificación como fija o, indefinida no fija, de la condición del personal laboral contratado de manera irregular mediante contratos de duración determinada por los organismos y administraciones del sector público.

El Tribunal Supremo, en el Auto aquí comentado, defiende la virtualidad disuasoria y la razonabilidad de la categoría del indefinido no fijo, indicando que la figura del indefinido no fijo constituye una respuesta eficaz a los abusos de temporalidad en el sector público y aparece indirectamente respaldada por la jurisprudencia del TJUE. Observa, además, que alguna sentencia del Tribunal de Justicia ha parecido avalarla, de manera más o menos implícita. Igualmente, subrayando que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha equiparado los derechos del personal indefinido no fijo con los del personal fijo (remuneración, promoción profesional, incentivos, etc.) sin perjuicio de requerir a la Administración empleadora para que la plaza sea convocada a concurso público. Y arguye, en esa dirección hermenéutica, que diversas normas sobre estabilización o consolidación de empleos temporales han sido aprobadas en los últimos años, entre cuyos objetivos se encuentra el de regularizar las situaciones derivadas del carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada.

De todo lo cual resulta, que la declaración de que una persona debe ser considerada como indefinido no fijo en el Derecho español: a) Defiende su derecho a seguir trabajando (pese a que accedió solo para un periodo temporal); b) Reclama del empleador la convocatoria de la plaza; c) Asigna una indemnización equivalente a la del despido por problemas empresariales en caso de no superar las pruebas convocadas; d) Descarta que pueda invocarse un término final para extinguir el contrato; e) Extiende al indefinido no fijo todos los derechos del personal fijo. (fjº. 2, apartado 36). Precisamente la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (que convalida el RDL de 14/2021, de 6 de julio), explica que la tasa de temporalidad en el empleo público en España ha llegado casi a un treinta por ciento. Admite que las sucesivas regulaciones en la materia no han conseguido disminuir ese porcentaje. Reconoce que, a la falta de convocatoria regular de procesos selectivos, se añade que los procedimientos no se desarrollan con la agilidad y celeridad necesaria, lo que ha dado lugar a una situación estructural y de recurso al nombramiento de trabajadores interinos y personal temporal. Menciona expresamente la cláusula 5.^a del Acuerdo Marco y la doctrina del TJUE en su interpretación, para admitir que de ella se desprende la obligación de instaurar medidas efectivas que disuadan y, en su caso, sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad, con la adopción de medidas eficaces para prevenir y sancionar el abuso y el fraude en la temporalidad. Lo cual deja entrever, bien nítidamente, que las actuales (donde sería posible incluir, de manera implícita y subyacente, a la categoría del trabajador indefinido no fijo) que las medidas de respuesta que se vienen aplicando son cuando menos insatisfactorias e inadecuadas para dar respuesta a ese abuso generalidad de la temporalidad en el sector público.

Con todo, se puede constatar que esta figura del trabajador “indefinido no fijo” ha venido planteando más problemas de los que es capaz de resolver, lo cual se ha agravado, como indiqué desde hace tiempo, por la falta de que el EBP o una normativa de desarrollo posterior de la misma le hubiera dotado de un estatuto iuslaboral regulador. En cualquier caso, siempre existió una contradicción de principio porque el “indefinido no fijo”, no de deja de ser un oxímoron contrario a la lógica jurídica y, ciertamente, ya resulta harto significativo el dato jurídico de que no exista una figura similar en ningún país de la Unión Europea, aunque también se den una variada gama de respuestas jurídicas al problema jurídico-práctico suscitado por las irregularidades cometidas por el empleador público en marco de las relaciones de trabajo. Es desconocida en el mismo Derecho social comunitario.

No se puede desconocer los esfuerzos del Tribunal Supremo para establecer una jurisprudencia que pretende garantía un equilibrio entre las tutelas que ofrecen el Derecho del Trabajo y la regulación del Derecho Administrativo a la luz imperativa de nuestra Constitución. Ahora bien, la STJUE de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22), que cuenta con otros precedentes, pone en duda la adecuación funcional de la figura del indefinido no fijo para garantizar una respuesta jurídica efectiva a los frecuentes incumplimientos del empleador público, de manera que a su amparo se suscitado la alternativa de declaración de fijeza de los trabajadores afectados por el abuso o fraude de ley en la contratación de personal. Y si la figura del indefinido no fijo no ha conseguido el objeto de disuadir al empleador público de los ilícitos atípicos (abuso de derecho y fraude de ley), habría que buscar una solución distinta que efectivamente sea una medida disuasoria de los mismos. ¿Esa solución alternativa es la conversión automática de los trabajadores afectos en trabajadores fijos pese a los principios ex artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución?^[13] ¿Aportar por una indemnización reforzada a los trabajadores afectados, sin garantizar la fijeza proporcionaría una tutela jurídica adecuada y sería una medida disuasoria frente a los comportamientos ilícitos del empleador público? ¿Con las garantías anudadas al indefinido no fijo –sobre todo a través de la Jurisprudencia- nuestro ordenamiento cumple la cláusula 5ª del Acuerdo Marco en el sector público?

Ciertamente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024 ha puesto de manifiesto que el Derecho español no respeta la Directiva 1999/70 sobre trabajo de duración determinada porque, pese a los avances de la reforma de 2021, ni tiene mecanismos eficaces para la prevención del abuso de la temporalidad ni contempla como compensación vías adecuadas de sanción del abuso en cuestión^[14]. No menos verdad resulta que el imperativo categórico del artículo 103.3 CE exige que la ley regule “el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”, previsión extendida a todo el empleo público (indefinido o temporal) por el TREBEP y refrendada por el RD-Ley 6/2023. Por tal razón, la inestabilidad y las aporías que acompañan a la figura de los indefinidos no fijos (figurar que habrá que superar a fuerza de ser redefinida jurisprudencialmente tras sus continuas controversias y fracasos) no puede venir acompañada en el Derecho español, como regla general, de la transformación o conversión automática en una relación de servicio permanente.

Como ha advertido, “los órganos judiciales nacionales no pueden por sí mismos aplicar una solución frente al abuso de la temporalidad que, al amparo de una cláusula genérica como la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, contradiga la legislación nacional y las normas constitucionales, más aún cuando afecta a derechos fundamentales de los ciudadanos y a los pilares básicos de nuestro Estado de Derecho”^[15]. De ahí que sea pertinente conseguir, a través de la oportuna intervención urgente del legislador, que pueda conjugarse adecuadamente el efecto útil de la mencionada Directiva 1999/70 con el aseguramiento de los aludidos parámetros constitucionales, sin perjuicio de las reparaciones *uti singuli*, por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de aquellos casos concretos donde la extensión de la temporalidad durante varias décadas desborda cualquier lógica o regla de sentido común^[16].

Se han planteado soluciones muy distintas tanto en el ámbito judicial^[17] como a nivel de la doctrina científica^[18]. La solución que pudiera ser factible, aparte de la prevención de las conductas antijurídicas (medida primaria presupuesta), como es lo más deseable (prevenir antes que curar-reparar, conforme al principio de prevención)^[19], pasa por hacer desaparecer la figura del indefinido no fijo, figura siempre objeto de controversia y desautorizada reiteradamente por el TJUE en su interpretación en unificación por el Tribunal Supremo (el cual, no se olvide, que se encuentra también ante un marco legal insuficiente en el tratamiento de esta nueva figura); una vez declarado judicialmente el abuso o fraude de ley,

(a) sería estrictamente necesario abrir un proceso inmediato de estabilización a través un concurso abierto que respete los principios constitucionales de mérito y capacidad, pero que reconozca cierta reserva o mérito adicional específico a los trabajados por el motivo justificado de que han sido objeto de abuso o fraude^[20];

(b) establecer en favor del trabajador afectado el abuso de la temporalidad indemnizaciones reforzadas de resarcimiento de los daños y perjuicios causados más allá de la cuantía que corresponde al despido improcedente en nuestro Derecho positivo (cuya cuantía no parece excesivamente disuasoria); y, asimismo,

(c) imponer responsabilidades sancionadoras a las autoridades responsables y actuantes (sanciones administrativas pecuniarias civiles por daños causados a la Administración y ente público y también de carácter profesional^[21]). Todo ello sin perjuicio de la propia responsabilidad patrimonial de la Administración o del ente público del sector público concernido (principal o subsidiaria, según las circunstancias de producción del ilícito atípico).

(d) la solución no reside en la conversión automática e “ipso iure” de los trabajadores indefinidos no fijos en trabajadores fijos de plantilla, porque ello entrañaría una vulneración de los principios constitucionales de acceso al empleo público. En este extremo sobre la fijeza automática no puede ser resuelto a través de una interpretación conforme de la Constitución con el ordenamiento jurídico comunitario, pues la normativa constitucional al respecto no parece susceptible para que pueda llevarse a cabo esa interpretación conforme de fijeza anudada al ilícito atípico sin vulnerarla. Una solución hermenéutica –que sería contraria a los artículos 28.2 y 103.3 CE- de ese calibre exigiría una previa reforma constitucional, y entretanto requería un pronunciamiento expreso de nuestro propio Tribunal Constitucional, sobre si existe o no esa contradicción (que ciertamente para obvia, al estar explícitamente consagrados en los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público por mandato de los artículos 23.2 y 103.3 de la Norma Fundamental del ordenamiento jurídico, como expresa el artículo 9.1 CE: supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico por ella mismo construido en sus bases constitutivas fundamentales). Entiendo que no cabe establecer normas de excepción para la alcanzar la fijeza automática de los trabajadores indefinidos de larga duración. Además, teniendo en cuenta que la problemática práctica no se ha resuelto y siempre, en alguna medida, habrá supuestos de abuso o fraude en la contratación laboral (como los puede haber, por cierto en acceso del personal funcionario): las Administraciones públicas y los entes públicos instrumentales continúan incurriendo en las anomalías jurídicas, por lo que la excepción se convertiría una regla normalizadora capaz de vulnerar “sine die” los principios constitucionales sin reforma/revisión de la Constitución, los cuales, por otra parte, considero que son razonables y exigibles en el acceso a un empleo dentro del sector público. Hace notar el propio Tribunal Supremo que la consecuencia de calificar como fijo a todo el personal laboral que ostente la condición de indefinido no fijo, supondría eximir a la Administración pública de la obligación convocar los procesos selectivos de cobertura de las plazas y negar al resto de los ciudadanos el derecho a participar en los mismos, en tanto que la consolidación de las plazas ocupadas por ese personal indefinido no fijo haría innecesaria la convocatoria de ofertas públicas de empleo para su cobertura, generando un innegable perjuicio a los eventuales y legítimos aspirantes a la coberturas de tales puesto. Pero la situación normativa y jurisprudencial debe ser renovada estableciendo

nuevas medidas realmente disuasorias para evitar no sólo incumplir con la Directiva 1999/79/CE (finalidad importante en sí misma), sino también con las exigencias de tutela efectiva frente al abuso de derecho y el fraude que impone el derecho social al trabajo, que también tiene relevancia constitucional a través de las garantías que conforman el contenido esencial del derecho al trabajo, que incorpora el principio de estabilidad en el empleo (artículo 35.1, en relación con el artículo 53.1^[22], y ambos interpretados conforme al canon hermenéutico consagrado en el grupo normativo formado por los artículos 10.2 y 93 a 96 de nuestra Norma Fundamental).

Sin estas responsabilidades reforzadas e individualizadas no habrá verdadero efecto disuasorio de la posible (y, desgraciadamente, frecuente) comisión de conductas del empleador público reconducibles a ilícitos atípicos, como el abuso y el fraude en la contratación laboral. La conversión automática de trabajadores fijos puede plantear serios problemas constitucionales señaladamente cuando se trata de las Administraciones Públicas, más intensamente concernidas (aunque, desde luego, no exclusivamente en ámbito del sector público) por el mandato constitucional ex artículos 23.2 y 103.3 CE.

Ante esta situación jurídica de máxima gravedad, *corresponde al legislador* actuar y establecer medidas adecuadas que hagan compatible nuestro ordenamiento jurídico con el Derecho Social de la Unión Europea. Medidas que deberían de ir más allá de la fracasada categoría de personal laboral calificada como “indefinido no fijo”.

Por último, no está demás realzar que en los supuestos de sucesión de empresa en que involucre a las Administraciones Públicas o a Empresas públicas *ni siquiera puede entrar en luego la controvertida figura del indefinido no fijo*, como he reiterado en diversas ocasiones. En estos supuestos por sí mismos no hay ninguna anomalía jurídica o ilícito atípico (abuso de derecho, fraude de ley o desviación de poder), sino un tráfico jurídico plenamente normalizado y regulado por el Derecho del Trabajo en consonancia con el Derecho Administrativo. Es manifiesto que la interpretación no puede ser otra que la necesaria aplicación de esta Directiva comunitaria 23/2001/CE (en virtud del principio de primacía del Derecho Social de la Unión Europea) y su normativa de transposición en el Derecho interno (básicamente, artículo 44 ET, eje del sistema normativo interno), considerando a los trabajadores afectados como “*personal laboral subrogado*”. La introducción de la lógica laboral de la sucesión legal del empleador se impone coherentemente en el artículo 130.3 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. Ese personal laboral subrogado se atiene a la lógica de las vicisitudes transmisivas de los servicios o actividades de titularidad pública a las que están adscritos (paradigmáticamente, son los supuestos de externalización de servicios o actividades, después de un previo proceso de reversión o remunicipalización de los mismos)^[23].

X. Apunte final

Se trata de determinar, en términos simplificados, si el cumplimiento 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 exige calificar como fija la relación laboral mantenida por la trabajadora demandante con un organismo de la administración pública, sustentada en varios contratos de duración determinada que se han prolongado en el tiempo durante más de tres años, o cumple adecuadamente con las exigencias del Acuerdo Marco la declaración de esa relación laboral como indefinida no fija y el aparejado reconocimiento de una indemnización disuasoria, a cuyo fin se plantea la cuestión prejudicial ante las dudas suscitadas por el Tribunal Supremo.

Es incierta el criterio que adoptará el Tribunal de Justicia de la UE, pero algo parece seguro: que la categoría jurídica del trabajador indefinido no fijo, no ha conseguido satisfactoriamente los fines para los que fue creada jurisprudencialmente y después reconocida por ley. Se ha producido un agotamiento y, en gran medida, un fracaso de la misma. Del cual no está exento el silencio del legislador sobre su régimen jurídico aplicable, que hubiera sido lo pertinente en la lógica del garantismo

jurídico sobre cuya base está construido nuestro ordenamiento jurídico. Lamentablemente esta categoría laboral del “indefinido no fijo” (que ofrecía la promesa de una “fórmula mágica” de la ciencia jurídica, por decirlo en la expresiva terminología utilizada por Rudolf Wiethölter^[24]) parece haber creado más problemas y controversias jurídicas de las soluciones idóneas que pretendía resolver. Aquí, el “*fiel de la balanza*” se inclina en la ya dilatada experiencia jurídica de su existencia (en el sistema legal y en el “derecho vivo judicial”, donde nació ante un problema real necesitado de soluciones jurídicas adecuadas a la función de hacer frente a las irregularidades cometidas por las Administraciones públicas y por entes públicos instrumentales) más decididamente hacia los aspectos negativos que a los aspectos positivos que podría ofrecer. Cuando una institución o categoría jurídica no funciona –es decir, se ha hecho, en otras palabras, disfuncional para el sistema jurídico en que se inserta-, después de los denodados esfuerzos de la doctrina jurisprudencial y de la doctrina científica, cabría pensar reflexiva y prudentemente en hacerla desaparecer del ordenamiento jurídico tal y como ha sido configurada hasta el momento, y buscar otras soluciones más adecuadas articulando nuevas categorías y medidas jurídicas que materialicen satisfactoriamente los fines de política del Derecho perseguidos. Desde luego, no sería la primera vez que esto ha sucedido con instituciones y categorías jurídicas que un día fueron relevantes, incluso útiles, pero devenidas, al tiempo, en disfuncionales para alcanzar correctamente los fines queridos por el orden jurídico.

Todo ello en espera de la pertinente respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el Auto, aquí objeto de comentario, en relación con el abuso de la contratación temporal en el empleo público y los problemas derivados de la aplicación de la STJUE de 22 de febrero de 2024 (asunto C-59/22).

Referencias:

1. [^] *Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, TREBEP; originariamente, Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público).*
2. [^] *Conforme al artículo 11 (“Personal laboral”): “1. Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal. 2. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2. 3. Los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia”.*
3. [^] Véase artículo 61.7 EBEP, conforme al cual “los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos”.
4. [^] *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, artículos 8.2.c) y 11.1.*

5. [^] Artículos 8.2.c) y 11.1. En el apartado 11.3 se establece “Los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia”. Apartado 3 añadido por el artículo 1.2 de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre.
6. [^] 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. Esta Directiva tiene por objeto aplicar el Acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, que figura en el anexo, celebrado el 18 de marzo de 1999 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES). Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva (cláusula 5): 1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales. 2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada: a) se considerarán “sucesivos”; b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido”.
7. [^] Véase el comentario de esta STJUE, realizado por CASAS BAAMONDE, M.E.: “Los indefinidos no fijos, ¿una historia interminable hacia su terminación? Su capítulo inédito de la llamada expresa del Tribunal de Justicia a la modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Constitución y Derecho de la Unión”, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 2, 2024. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2024-00000002634. Esta sentencia permitiría que los jueces y tribunales españoles conviertan los contratos temporales indefinidos en fijos ante la falta de medidas alternativas efectiva en nuestro ordenamiento para prevenir y sancionar adecuadamente la temporalidad sucesiva y abusiva, alternando la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa de los principios constitucionales y legales de acceso al empleo público (principios de igualdad, mérito y capacidad ex artículos 23 y 103.3 CE) si esa interpretación fuese incompatible con los objetivos de la Directiva comunitaria.
8. [^] STS de 18 de diciembre de 2012, condena a la Junta de Andalucía a convertir a diez trabajadores temporales de EPSA (Empresa Pública del Suelto) en indefinidos. STS de 6 de mayo 1992 (RJ/1992/3516). Contratos temporales concertados por el INSALUD. Fraude de Ley: Efectos. (ffº. 8º); STS de 24 de junio de 2014 (RC 217/2013), STS de 17 de febrero de 2014 (RC 142/2013), y otras muchas citadas anteriormente.
9. [^] Conforme al artículo 43.2 del ET, en todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores “cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios

entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerzan las funciones inherentes a su condición de empresario". Por su parte, el apartado 3 y 4 del artículo 43 del ET, delimita las consecuencias iuslaborales de esa declaración judicial de cesión ilegal, indicando, en primer lugar, que los empresarios, cedente y cesionario, que intervenga en la interposición ilegal responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos". En segundo lugar, estableciendo que los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computa desde el inicio de la cesión ilegal (véase la STC 196/2000, de 24 de julio, BOE de 24 de agosto, y aplicando esta norma respecto a la Administración Pública, STS de 9 de diciembre de 2009, RJ 2009/5928).

10. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: "Aspectos laboral de la interconexión entre administraciones públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia", en *Revista de Derecho Social*, núm. 67, pp. 13-44, en particular p. 18. La bibliografía sobre esta problemática es inmensa con importantes contribuciones. A título meramente ilustrativo, y con referencia más singular a la categoría del personal laboral indefinido no fijo pueden citarse las siguientes monografías: CASTILLO BLANCO, F.A., MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.): *Reestructuración de las Administraciones Públicas: Aspectos administrativos y laborales*, Granada, Comares, 2015; CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Murcia, Laborum, 2018; BAQUERO AGUILAR, J.: *La desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público*, Murcia, Laborum, 2022; VILLALOBOS SÁNCHEZ, E.: *Fraude de Ley en las relaciones laborales de las Administraciones públicas y la figura del trabajador indefinido no fijo*, Murcia, Laborum, 2023; VIDA FERNÁNDEZ, R.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Tesis Doctoral, dirigida por J.L. Monereo Pérez, Granada, Universidad de Granada, 10 de febrero de 2017. <https://produccioncientifica.ugr.es/documentos/5f7e675e2999520bf971f361>
11. ^ Basta reparar –y dando por reproducido aquí todo el texto del Acuerdo– en las "Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva (Cláusula 5)" del Acuerdo Marco, a cuyo tenor: "1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación e tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración

determina; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales”. Todo ello partiendo de la premisa de que la partes sociales firmantes del Acuerdo Marco “reconocen que los contratos de duración determinada son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores. También reconocen que los contratos de duración determinada responden, en ciertas circunstancias, a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores” (Preámbulo del Acuerdo Marco). Importa retener esta doctrina por ella incumbe a todos los poderes públicos nacionales, tanto al legislador como a los órganos judiciales en su respectiva labor garantista de los derechos laborales.

12. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Aspectos laborales de la interconexión entre administraciones públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 67, 2014, pp. 13-44, en particular pp. 27-28.
13. ^ Principios que, como no podía ser de otro modo, asume el artículo 55 (“Principios rectores”) del TREBEP de 2015.
14. ^ VIVERO SERRANO, J.B.: “La temporalidad abusiva en el sector público ante el TJUE ¿y ahora qué?”, *Diario La Ley*, núm. 10463, 2024.
15. ^ DESDENTADO DAROCA, E.: “Reflexiones críticas tras la STJUE, de 22 de febrero de 2024. El indefinido no fija ya no sirve, pero la conversión en fijo no es posible. ¿Qué hacemos?”, *El Foro de Labos*, 07/05/2024, <https://www.elforodelabos.es/2024/05/reflexiones-criticas-tras-la-stjue-de-22-de-febrero-de-2024-el-indefinido-no-fijo-ya-no-sirve-pero-la-conversion-a-fijo-no-es-posible-que-hacemos/>
16. ^ Véase MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Incertidumbres sobre la controvertida categoría jurídica del trabajador indefinido no fijo en el sector público a la luz de los últimos pronunciamientos judiciales». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 11 (2024): 13-34, en particular p. 34, y la bibliografía allí citada. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/987/1210>
17. ^ El propio Auto del Tribunal Supremo, aquí comentado deja constancia en su Fundamento Jurídico 2º, apartado 33, de que la aplicación de dicha STJUE por parte de los órganos judiciales españoles ha generado múltiples y dispares interpretaciones, en los numerosos litigios en los que está en juego la calificación como fija o, indefinida no fija, de la condición del personal laboral contratado de manera irregular mediante contratos de duración determinada por los organismos y administraciones del sector público. Añadiendo en el apartado 34, que hasta el punto, incluso, de que el propio órgano judicial que suscitó aquellas cuestiones prejudiciales ha resuelto definitivamente los litigios a los que se refieren, en el sentido de entender que dicha STJUE no obliga a declarar la relación laboral como fija, sino que permite considerar que es adecuada y suficiente para cumplir con las exigencias derivadas de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco su calificación como indefinida no fija, conforme al régimen jurídico atribuido a este figura en la jurisprudencia nacional
18. ^ Una aproximación selectiva de algunas –pues no hace referencia a otras posiciones doctrinales que se pronunciado sobre estas cuestiones- de estas posiciones puede localizarse en el siempre útil Blog de ROJO TORRECILLA, E.: “El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales”. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2024/03/estamos-de-acuerdo-en-que-no-hay.html>. El ATS, aquí comentado hace referencia también al estado actual

de la doctrina judicial y especialmente de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

19. [^] La cláusula 5 del Acuerdo Marco, titulada «Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva», subraya la idea fuerza que inspira el compromiso jurídico que se impone a los Estados Miembros. En efecto en ella se dispone que: «1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales. 2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada. a) se considerarán "sucesivos"; b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.».
20. [^] Porque de lo contrario (teniendo en cuenta que el "indefinido no fijo" se traduce en praxis jurídica en un "temporal indefinido", lo que contradice la Cláusula 3ª.1 del Acuerdo Marco) "la utilización sucesiva de contratos o de las relaciones laborales de duración determinada" vulneraría frontalmente la prohibición establecida en la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. En el encaje del "indefinido no fijo" de larga duración es patente. De manera que por sí misma la figura del indefinido no fijo no resulta una respuesta ante los incumplimientos del empleador público, siendo necesario establecer medidas adecuadas para garantizar que nuestra legislación se acomode al Derecho Social de la Unión.
21. [^] Véase Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, Título VII ("Régimen disciplinario").
22. [^] Conforme al artículo 53. 1 de la Constitución, "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)". La referencia a la obligación de respetar el contenido esencial ya de por sí supone, por cierto, que el derecho al trabajo no puede ser un derecho de estricta configuración legal, pues ese contenido esencial impone al legislador condicionamientos constitucionales que limita el margen de discrecionalidad en el desarrollo de las previsiones constitucionales. Si se atiende a la Carta Social Europea revisada aplicable como tratado internacional ratificado por la vía prevista ex artículo 96 CE, y concernida por el canon de interpretación imperativo del artículo 10.2 CE, el cual reclama para establecer buena parte del contenido esencial de ese derecho, por ejemplo, el tenor del artículo 1 ("Derecho al trabajo"), a cuyo tenor: "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen: 1. a reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno

- empleo; 2. a proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido; 3. a establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores; 4. a proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas". Por su parte, el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada, reconoce el "Derecho a protección en caso de despido".
23. ^ En este sentido, Monereo Pérez, J.L.: "Revisión de servicios públicos y sucesión legal en las relaciones laborales", en VV.AA.: *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, GÁRATE CASTRO, F.J., y MANEIRO VÁZQUEZ (Dirs.), MIRANDO BOTO, J.M., y GIL OTERO, L. (Coords.), Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, pp. 147-158; Monereo Pérez, J.L. (2018): "Los procesos de externalización y reversión de servicios públicos", en VV.AA., *El empleo público. Puntos críticos en los ordenamientos italiano y español*, Monereo Pérez, J.L., González de Patto, R. M., Vida Fernández, R., Spinelli (Dirs. y Coords.), Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 323 ss., en particular, p. 344; MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Incertidumbres sobre la controvertida categoría jurídica del trabajador indefinido no fijo en el sector público a la luz de los últimos pronunciamientos judiciales». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 11 (2024): 13-34. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/987/1210>
24. ^ WIETHÖLTER, R.: *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, Madrid, EDESA, 1991.

§ 57 Uniformidad de vestimenta en el trabajo. Diferencia de trato injustificada y perjuicio económico para los trabajadores temporales.

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: La sentencia objeto de estudio trata sobre la problemática de la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación entre trabajadores con contrato indefinido y los que tienen contrato de duración determinada. El problema se centra en las prendas del uniforme de trabajo que se dan por la empresa a cada colectivo, que es considerado no conforme a derecho, por ser discriminatorio el trato hacia los segundos.

Palabras clave: Contrato. Indefinido. Temporal. Igualdad. Discriminación.

Abstract: The judgment under study deals with the problem of the application of the principle of equal treatment and non-discrimination between workers with permanent contracts and those with fixed-term contracts. The problem is centred on the items of work uniform given by the company to each group, which is considered not to be in accordance with the law, as the treatment of the latter is discriminatory.

Keywords: Contract. Permanent. Temporary. Equality. Discrimination.

I. Introducción

La sentencia objeto de comentario en este artículo tiene un especial interés, tanto por versar sobre la igualdad de trato como regla general entre personas trabajadoras con contratos de duración indefinida y de duración determinadas, como en el de afectación a toda la plantilla de la empresa y con independencia de que la demanda fuera interpuesta por un sindicato más representativo en su ámbito autonómico de actuación^[1].

El resumen oficial de la sentencia, que ya permite tener un muy buen conocimiento del conflicto y del fallo, es el siguiente “Conflicto colectivo. La Audiencia Nacional estima la demanda de conflicto colectivo interpuesta por CIG frente a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos y declara que el personal laboral de CORREOS con contrato de duración determinada y temporal tiene derecho a recibir las mismas prendas del uniforme que las que la Sociedad Estatal viene suministrando al personal laboral indefinido y fijo. Se considera que la práctica de la empresa que limita el acceso gratuito a determinadas prendas de ropa resulta contrario al principio de no discriminación entre trabajadores fijos y temporales, sin que la especial naturaleza de la demandada justifique la misma, máxime cuando está sujeta al Derecho Laboral en su integridad en las relaciones que mantiene con la plantilla”.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social de la AN.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 55/2024, 20 de mayo.

Tipo y número de recurso o procedimiento: demanda rec. 25/2024

ECLI:ES:AN: 2024: 2483

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gallo Llanos

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El litigio encuentra su origen en la demanda interpuesta el 17 de enero, habiéndose fijado la fecha de juicio para el día 2 de abril, si bien fue suspendido para que la demandante precisara el colectivo al que afectaba y las prendas que no se facilitaban por la empresa a los trabajadores temporales. Finalmente, se celebró el 14 de mayo.

En los hechos probados se constata en primer lugar la condición de sindicato más representativo en Galicia de la CIG, y su presencia en la empresa demandada.

A continuación, se relacionan las “prendas de uniformidad” que la empresa facilita a los trabajadores con contrato de duración indefinida, así como el sistema de petición por estos. Se recoge a continuación que todo el personal de la empresa recibe las prendas que tienen la consideración de Equipo de Protección Individual (EPI)

Conocemos más adelante el escrito de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Vigo, fechado el 8 de mayo de 2023, en el que se requiere a la empresa para que facilite a los trabajadores temporales la entrega de “prendas de uniforme que no son calificadas como EPI”, y la respuesta de la empresa que es transcrita íntegramente y de la que ahora reproduzco el fragmento que considero más relevante:

“Cabe reseñar que Correos, para atender la contratación temporal en la compañía, acude a un sistema de bolsas de empleo, regulado en convenio, con un criterio de llamamiento rotatorio de los candidatos que integran las mismas, en la actualidad en torno a los 2.000 candidatos en la provincia de Pontevedra y que Correos está obligado a licitar públicamente el suministro de uniformes, mediante pliego de condiciones.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y en aplicación del más estricto sentido común y de gestionar con eficiencia los recursos de una empresa pública, es necesario analizar y estudiar las necesidades reales que va a tener la empresa en los próximos meses, a la hora de abordar la elaboración de un pliego para la entrega de uniformes, habida cuenta que, con la previsible reducción de la contratación temporal, ya mencionada, el número de candidatos/as que serán contratados y la duración de dicha contratación, tras la reforma legal, no podrá ser ni muy numerosa y en algunos supuestos lo será por períodos cortos, estrictamente necesarios y justificados, pudiéndose dar el supuesto de que, cuando se quiera gestionar el suministro de uniforme, la persona en cuestión no sea ya trabajador/a de la compañía”.

Además de otros datos relativos a la actuación empresarial para la contratación de prendas y calzado corporativo, y a sus cuentas anuales, así como también a la petición formulada por la parte sindical a la comisión paritaria del convenio, disponemos (antecedente octavo) del número de trabajadores de la empresa en toda España el mes de febrero, exactamente “23.492,27 con contrato indefinido y 4328,99 con contrato de duración determinada”.

IV. Posición de las partes

Para la parte actora existía una discriminación por parte empresarial hacia los trabajadores temporales en materia de uniformidad de vestimenta en el trabajo, ya que no les facilitaba determinadas prendas de ropa que sí eran puestas a disposición del personal con contrato indefinido, subrayando que el no llevar el uniforme durante la jornada de trabajo era considerado falta grave según la normativa convencional aplicable, el tercer convenio colectivo de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A.

Por la parte demandada se plantearon primeramente cuestiones procesales formales, y más adelante cuestiones sustantivas o de fondo.

Respecto a las primeras, expuso que

“Correo Express es una sociedad distinta de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos en la que CIG no tiene representación, así como CIG carece de implantación en la misma”.

En cuanto a la segundas,

“Precisó que Correos entrega a los trabajadores con contrato de duración determinada las botas, el anorak y el chaleco reflectante, no así los polos de manga larga y corta, pantalones, largos, cortos y de verano, cinturón, chaleco de invierno y de verano.

Señaló que Correos y telégrafos no impone estas prendas a los trabajadores ni a los fijos ni a los temporales, no existiendo en consecuencia condición laboral, siendo en todo caso una homogeneización de imagen corporativa.

Invocó el art. 2.1 d) y 2. B) y 3 de la Ley 40/2015 que impone la economía suficiencia, suficiencia y eficacia, los arts. 2.2 c) y 26 de la Ley General Presupuestaria, y 3.1 h) y 28 de la Ley de contratos del sector público.

Adujo que el desconocimiento del número de contratos de temporales impide que se pueda presupuestar un gasto para los mismos, ni celebrar los correspondientes contratos de suministro.

Añadió que correos ha gastado 15M de euros en uniformidad y equipos de protección y solo el 18 por ciento son de duración determinada.

Defendió que estas prendas pueden ser compradas por el personal con contrato de duración determinada.

Negó que existiesen problemas para los trabajadores temporales de cara a aparcar los vehículos, o acceder a las viviendas pues están debidamente identificados como trabajadores de correos”.

V. Normativa aplicable al caso

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. Cláusula 4, principio de no discriminación, relacionada con el fragmento del Preámbulo de Acuerdo, que dispone que “El presente Acuerdo establece los principios generales y los requisitos mínimos relativos al trabajo de duración determinada, reconociendo que su aplicación detallada debe tener en cuenta la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas. Ilustra la voluntad de los interlocutores sociales de establecer un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación, y con el fin de utilizar contratos laborales de duración determinada sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores”.

III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA, suscrito el 5 de abril de 2011. La Resolución de 10 de junio de 2011, de la Dirección General de

Trabajo, registra y publica el texto, publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 28 de dicho mes.

Ley del Estatuto de los trabajadores. Artículo 15.6.

VI. Doctrina básica.

Al entrar en la resolución del conflicto, la Sala centra con prontitud la cuestión a la que debe dar respuesta, cual es “si la práctica empresarial que se impugna en virtud de la cual únicamente tienen acceso gratuito a determinada ropa de trabajo los trabajadores con vínculo contractual indefinido de la empresa demandada, resulta o no ajustada a derecho”.

La Sala repasa en primer lugar la normativa comunitaria, en concreto la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo Marco anexo, cuya cláusula 4, recordemos, regula el principio de no discriminación y dispone en su apartado 1 que

“Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”.

A continuación, el repaso o recordatorio es de la normativa estatal, en concreto del art. 15.6 de la LET, que en los mismos términos que la normativa de la Unión dispone en su primer párrafo que “Las personas con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que las personas con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado”.

Procede la Sala a continuación a repasar la jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo sobre el principio general de no discriminación, con una amplia transcripción de la sentencia de 20 de marzo (rec. 101/2022), que a su vez se remite a resoluciones anteriores, y recuerda igualmente la jurisprudencia del TC al respecto sobre los límites a la diferencia de trato entre trabajadores según la duración de su contrato^[2]. La doctrina constitucional, recogida en la citada sentencia del TS, ha considerado que

“... si bien la duración del contrato no es un factor desdeñable a la hora de establecer ciertas diferencias, “las mismas han de tener su origen en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo o el régimen jurídico del contrato que las expliquen razonablemente” (STC 177/1993, de 31 de mayo); pero no alcanzan al distinto tratamiento sin apoyo en datos objetivos o las diferencias retributivas ajenas al contenido y condiciones de la prestación de trabajo porque no es compatible con el art. 14 CE un tratamiento “que configure a los trabajadores temporales como colectivo en una posición de segundo orden en relación con los trabajadores con contratos de duración indefinida, a los que a veces se singulariza calificándolos como “trabajadores fijos” o “trabajadores de plantilla”, en denominaciones tan imprecisas técnicamente como potencialmente discriminatorias si con ellas se quiere identificar una especie de estatuto de “trabajador pleno” de la empresa, por oposición a un estatuto más limitado o incompleto de trabajador temporal” (STC 104/2004, de 28 de junio)”.

Del conjunto de la normativa y jurisprudencia reseñada, la Sala concluye que la diferencia de trato en la empresa respecto a las prendas de uniformidad que pone a disposición de trabajadores con contrato indefinido, por una parte, y de aquello con contrato de duración determinada, por otra, vulnera el principio, comunitario y estatal, de no discriminación.

VII. Pasajes decisivos

Dado que es bien sabido que la diferencia de trato entre trabajadores indefinidos y temporales puede estar justificada si existe una razón objetiva para ello, la Sala entra en el examen de las alegaciones de la parte empresarial respecto a la “especial naturaleza” de la empresa.

A tal efecto, pasa revista a la normativa aplicable a las relaciones laborales en las sociedades mercantiles estatales, con una muy amplia transcripción de su sentencia de 28 de febrero de 2023 (rec. 380/2022), en la que hace mención al art. 2 de la Ley de régimen jurídico del sector público y al art. 2.2 de la Ley General Presupuestaria, para entrar en el art. 113 de la primera norma que regula el régimen jurídico aplicable a las sociedades mercantiles estatales, mencionar el art. 166.2 de la Ley de patrimonio de las Administraciones Públicas, y concluir con el art. 2.1 del EBEP.

Del examen de toda dicha normativa, ahora al presente supuesto, se concluye que la empresa demandada debe respetar plenamente la normativa laboral estatal aplicable, es decir el art. 15.6 de la LET, ya que “

“los principios de eficiencia, y economía en el uso de los recursos que proclama el art. 3 de la Ley 40/2015 y que ha invocado el Abogado del Estado **deben entenderse en el marco del sometimiento pleno a la Constitución y a la Ley que proclama el propio artículo 3 en el primero de sus párrafos**, lo que hace que no puedan justificar una situación de discriminación proscrita por un mandato legal” (la negrita es mía).

Por parte empresarial se alegó la dificultad de conocer el número de trabajadores con contrato de duración determinada cuando se abre un contrato de suministros que está sujeto a la Ley de contratos del sector público, tesis que es rechazada por la Sala ya que “resulta contradictoria con el hecho de que se proporcionen tanto a unos como a otros aquellas prendas que son consideradas equipos de protección individual, para las que sin duda deberán celebrarse contratos de suministro en los que estimará el número de trabajadores temporales”, por lo que “carece de la mínima consistencia”.

Por último, se alegó que, a diferencia de la tesis mantenida por la parte demandante, la uniformidad no era obligatoria para quienes no se les proporcionan las mismas prendas (es decir a los trabajadores temporales con respecto a los que tienen contrato indefinido), ya que el art. 84 conceptúa como falta grave “No prestar servicio con uniforme cuando el trabajador/a esté obligado a ello y disponga de los medios necesarios para su uso”. Siendo evidentemente cierta la alegación empresarial, no afecta a la cuestión objeto de debate en el presente litigio, cual era, recuerda la Sala antes de llegar al fallo, “si el trabajador con contrato de duración de determinada tiene derecho a que le sean proporcionadas de forma gratuita determinadas prendas de trabajo tal y como tienen derecho los empleados con contrato indefinido”.

VIII. Parte dispositiva

En definitiva, la demanda será estimada por existir una diferencia de trato no justificada en cuanto que, tal como ha quedado probado, los trabajadores temporales para acceder a determinadas prendas de ropa que facilitan su función “deben sufragarlas por sí mismos”, mientras que al resto de la plantilla las mismas “le son proporcionadas por la empresa de forma gratuita”.

El fallo de la sentencia es el siguiente:

“Que la práctica empresarial cuestionada en la demanda es contraria al ordenamiento jurídico y a la doctrina sentada en materia de no discriminación y, por tanto, nula; al imponer al personal laboral temporal de CORREOS condiciones de trabajo menos favorables en materia de uniformidad que las reconocidas al personal laboral indefinido y fijo, sin que exista justificación objetiva para establecer distinciones en esa materia.

Que el personal laboral de CORREOS con contrato de duración determinada y temporal tiene derecho a recibirlas mismas prendas del uniforme que las que la Sociedad Estatal viene suministrando al personal laboral indefinido y fijo”.

IX. Apunte final

Una vez notificada la sentencia, la parte empresarial anunció la presentación de recurso de casación ante el TS. Por diligencia de ordenación de 4 de junio, de la letrada de la Administración de Justicia, se tuvo por preparado el recurso y se pusieron los autos a disposición del letrado de aquella para interposición de aquel.

En consecuencia, el conflicto sigue vivo, y deberemos esperar a la sentencia del TS para conocer su resultado final.

Referencias:

1. [^] La sentencia fue recibida con lógica satisfacción por el sindicato demandante. En la página web del sindicato en dicha empresa se publicaba inmediatamente después de ser conocida la resolución judicial una nota de prensa titulada “La CIG gana un juicio histórico contra Correos en la Audiencia Nacional”, y en la web general del sindicato se explicaba que “Correos tendrá que equipar con uniformes a toda su eventual plantilla. La CIG gana un juicio histórico contra la empresa postal por discriminar a este grupo de trabajadores” <https://cig.gal/nova/correos-tera-que-dotar-de-uniforme-a-todo-o-seu-persoal-eventual.html> (consulta: 10 de julio)
2. [^] Me permito remitir a dos entradas publicadas en mi blog que siguen teniendo plena vigencia por lo que respecta a la interpretación de la normativa comunitaria: la entrada “Sobre el principio de no discriminación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: parejas de derecho y parejas de hecho; contratos de duración determinada y contratos de duración indefinida. Notas a dos sentencias de 12 de diciembre de 2013” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/01/sobre-el-principio-de-no-discriminacion.html> , y la entrada “UE. Función Pública. Sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE de contratación de duración determinada al personal eventual. Nota a la sentencia del TJUE de 9 de julio (asunto C-177/14)” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/07/ue-funcion-publica-sobre-la-aplicacion.html> (consulta: 10 de julio)

§ 58 Declaración de incapacidad permanente y agotamiento de las posibilidades terapéuticas.

Ángel Arias Domínguez

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

Resumen: El agotamiento de las posibilidades terapéuticas es presupuesto de la declaración de incapacidad permanente. Se debe tener constancia de que el sujeto no va a experimentar una mejoría con las técnicas médicas y farmacológicas prescritas. Especialmente cuando la situación médico-clínica no permita concluir que las dolencias acreditadas producen limitaciones relevantes en la capacidad funcional de la persona trabajadora que impidan o dificulten la realización de las tareas fundamentales de su profesión habitual.

Palabras clave: Incapacidad permanente. Agotamiento de las posibilidades terapéuticas. Trastorno de la conducta alimentaria.

Abstract: The exhaustion of therapeutic possibilities is a prerequisite for the declaration of permanent disability. It must be known that the subject will not experience improvement with the prescribed medical and pharmacological techniques. Especially when the medical-clinical situation does not allow us to conclude that the proven ailments produce relevant limitations in the functional capacity of the worker that prevent or make it difficult to carry out the fundamental tasks of their usual profession.

Keywords: Permanent disability. Exhaustion of therapeutic possibilities. Eating Disorder.

I. Introducción

Para el reconocimiento de una incapacidad permanente se ha de tener constancia, entre otras exigencias, de dos circunstancias. En primer lugar, que la persona trabajadora sufre una lesión, padecimiento o enfermedad que altera de manera permanente y previsiblemente irrecuperable su salud. Y, en segundo lugar, que dicha alteración influya de manera significativa en el desarrollo de sus cometidos laborales, imposibilitando o dificultando que se desempeñen de manera satisfactoria.

La alteración de la salud no sólo puede estar provocada por una lesión física, sino también por padecimiento psíquicos, o incluso sensoriales. No hay obstáculo para considerar que determinados trastornos de la conducta alimentaria puedan considerarse impedimentos del normal desarrollo de una actividad profesional, dando lugar al reconocimiento de una incapacidad permanente en estos casos. Así se ha reconocido en numerosas ocasiones con total naturalidad. Véanse, por ejemplo, los más recientes pronunciamientos de los TSJ de Cataluña 7112/2023, de 12 de abril,

que reconoce una incapacidad absoluta por una bulimia nerviosa; o de Galicia 1770/2024, de 12 de abril, que también reconoce una incapacidad permanente total por bulimia. Sin embargo, otras resoluciones (SSTSJ-SOC Cataluña 616/2024, de 7 de febrero, y Castilla La Mancha (Albacete) 171/2024, de 2 de febrero) no estima los recursos de suplicación contra resoluciones de instancia que habían denegado la prestación por bulimia nerviosa.

Los padecimientos alimentarios no son, en definitiva, refractarios a ser susceptibles de ser considerados como trastornos que puedan derivar en una incapacidad permanente. Se acude con normalidad a los tribunales para que así se declare y éstos aprecian la circunstancia impeditiva con naturalidad, siempre y cuando concurren los demás requisitos exigidos por la norma y acontezcan las circunstancias requeridas para tal declaración, que es lo que en este asunto no concurre.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 471/2024, de 2 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de suplicación núm. 324/2024.

ECLI:ES:TSJAS:2024:791.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Niño Romero.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La trabajadora, cuya profesión habitual es la de Técnico de Educación infantil prestando sus servicios para el Ayuntamiento de Oviedo, intimó la declaración de incapacidad permanente. Su pretensión no fue atendida, al entender la Dirección Provincial del INSS, previo dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades, que las lesiones que padecía no alcanzaban el grado suficiente de disminución de su capacidad laboral requerido por la norma. La trabajadora padece un *“trastorno depresivo moderado”* con *“trastorno de personalidad”*. El informe médico técnico muestra, tras la exploración pertinente, que la trabajadora se manifiesta *“abordable”*, y con *“afecto no depresivo”*, aunque mantiene signos de *“ansiedad en la entrevista, quejas de ansiedad flotante. Humor depresivo, tristeza y desesperanza en relación con su situación personal. Retraimiento parcial. Discurso rápido, un tanto verborreico y prolijo, llorando desde el inicio de la consulta describiendo su situación familiar. Ideación autolítica no estructurada. No síntomas psicóticos ni ideación autolítica”*. Padece, en conclusión clínica, un *“episodio depresivo moderado”* con *“trastorno de la conducta alimentaria”*, agravada por un *“síndrome de la mujer maltratada”* y un *“marido perpetrador de Violencia de género”*.

Tras la correspondiente reclamación previa, formula demanda judicial ante el Juzgado de lo Social competente, que desestima la demanda y absuelve a la entidad demandada. Frente a dicha resolución se intima el recurso de suplicación pretendiendo la declaración de incapacidad permanente absoluta o, subsidiariamente, total.

IV. Posición de las partes

La defensa técnica entiende, en los motivos de recurso por infracciones normativas o de la jurisprudencia planteados, que la trabajadora se encuentra *“afecta de un trastorno depresivo mayor en el contexto de violencia de género y acoso laboral, con síntomas ansioso-depresivos, irritabilidad, insomnio alteraciones de la conducta alimentaria (atracones, restricciones y conductas purgativas con autoprovocación del*

vómito), ideas de muerte, encamamiento, poca o nula motivación etc.” El informe médico técnico subraya que se encuentra en tratamiento por deterioro de su salud mental y que “*ha necesitado de ajustes en la medicación ante la escasa o nula respuesta terapéutica*”. Se considera, en definitiva, que “*presenta una inhabilidad real para realizar una actividad laboral con un mínimo de rendimiento, rigor y disciplina en cualquiera de las actividades que ofrece el ámbito laboral*”, concluyendo, de manera subjetiva, naturalmente, que “*el estado de la actora le impide desarrollar su trabajo de técnica de educación infantil, con una jornada laboral de 7 horas y la necesidad de atención y cuidado permanente a los menores, por lo que si se ponen en relación las tareas del citado trabajo habitual con la enfermedad que aqueja a la trabajadora, se ha de concluir que no está en condiciones de desempeñar tales cometidos laborales*”.

El recurso de suplicación no fue impugnado por la parte recurrida.

V. Normativa aplicable al caso

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.

Artículo 193. Concepto.

“1. La incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.

Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación ...”

Artículo 194. Grados de incapacidad permanente.

“1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades que se apruebe reglamentariamente en los siguientes grados:

- a) Incapacidad permanente parcial.*
- b) Incapacidad permanente total.*
- c) Incapacidad permanente absoluta.*
- d) Gran invalidez.*

2. La calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca.

A efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente...”

Artículo 196. Prestaciones económicas.

“1. La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente parcial, consistirá en una cantidad a tanto alzado.

2. La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente total consistirá en una pensión vitalicia, que podrá excepcionalmente ser sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años.

Los declarados afectos de incapacidad permanente total percibirán la pensión prevista en el párrafo anterior incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior.

La cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común no podrá resultar inferior al importe mínimo fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común de titulares menores de sesenta años con cónyuge no a cargo.

3. La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente absoluta consistirá en una pensión vitalicia ...”

VI. Doctrina básica

La declaración de incapacidad permanente requiere la constatación de que la recuperación completa de la salud del sujeto no se va a producir. Se proyecta, por tanto, un juicio valorativo sobre la perdurabilidad de dichas lesiones, presuponiendo que éstas van a ser “previsiblemente definitivas”, y que la recuperación de la capacidad laboral del incapacitado se estima “*médicamente como incierta o a largo plazo*”. Para la formación de dicho juicio de valor es necesario que se tenga constancia de que en el tratamiento médico de la persona trabajadora se han agotado todas las posibilidades clínicas y terapéuticas conocidas al momento de la declaración.

VII. Parte dispositiva

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la persona trabajadora contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Oviedo dictada el 17 de enero de 2024, en los autos núm. 196/23 seguidos a su instancia contra el INSS, sobre incapacidad permanente, y, en consecuencia, se confirman la resolución impugnada desestimatoria del grado de incapacidad permanente solicitado.

VIII. Pasajes decisivos

“La Sala comparte la conclusión alcanzada en la recurrida pues la trabajadora, según resulta de los hechos probados y de los informes obrantes en autos, no tiene agotadas las posibilidades terapéuticas. Al tiempo [de] ser examinada por el médico evaluador la trabajadora presentaba una clínica depresiva moderada en evolución, lo que ha de ponerse en relación con la modificación de la medicación prescrita a la trabajadora acordada por el servicio de salud mental que lleva a cabo su seguimiento terapéutico y farmacológico, por lo que es necesario conocer el resultado de la nueva medicación en el estado psíquico de la trabajadora para poder determinar su incidencia en la capacidad laboral.

Lo anterior se ha de considerar junto con la última incapacidad temporal, cuyo resultado se desconoce, por lo que acierta la magistrada a quo al considerar que la situación de la trabajadora no es definitiva en los términos contemplados por la Ley General de la Seguridad Social”.

“Por otra parte, no concurre en la trabajadora una situación de incapacidad permanente. La recurrente es una trabajadora por cuenta ajena con profesión habitual de técnica de educación infantil, y que está afectada de trastorno depresivo moderado y trastorno de la personalidad. La exploración llevada a cabo por el médico inspector no refleja limitaciones relevantes en la trabajadora, así presenta facies y afecto no

depresivo, ansiedad en la entrevista, quejas de ansiedad flotante. Humor depresivo, tristeza y desesperanza en relación con su situación personal. Retraimiento parcial. Discurso rápido, un tanto verborrérico y prolijo, llorando desde el inicio de la consulta describiendo su situación familiar. Ideación autolítica no estructurada. No síntomas psicóticos ni ideación autolítica. Las conclusiones del médico inspector no ponen de relieve una situación incapacitante, pues indica que el trastorno depresivo presenta componentes importantes de reactividad a conflictividad en el medio familiar y en el contexto de un trastorno de la personalidad no especificado, de base. Y añade lo ya comentado de que la clínica depresiva moderada está en evolución, con menoscabo discreto también en evolución”.

“En conclusión de todo lo expuesto, las dolencias acreditadas no producen limitaciones relevantes en la capacidad funcional de la recurrente hasta el punto de impedirle la realización de las fundamentales tareas de su profesión habitual, sin perjuicio de que en los momentos de crisis la situación sea tributaria de una incapacidad temporal. No se aprecian por ello las infracciones denunciadas y por lo tanto debe confirmarse la recurrida”.

IX. Comentario

El agotamiento de las posibilidades terapéuticas para la recuperación de la salud es un presupuesto de la propia declaración de incapacidad permanente. No solo, naturalmente, porque el tratamiento médico -técnico, farmacológico, etc.- pueda lograr la recuperación de la salud. Sobre todo, porque desde un punto de vista jurídico se requiere la constatación de la irreversibilidad de la situación que padece la persona trabajadora. Especialmente cuando las dolencias acreditadas no provocan por sí misma una limitación relevante en la capacidad funcional de la persona trabajadora que le impida la realización de las tareas fundamentales de su profesión habitual. Y todo ello, sin perjuicio, naturalmente, de que en determinados momentos en que se agraven las dolencias padecidas puntualmente, la situación sea tributaria de una declaración de incapacidad temporal.

La resolución expresa muy certeramente esta característica que se está subrayando al hacerla equiparable a ‘incurable’ o ‘irreversible’. Pero, para ello, para formar el juicio crítico que asegure que la recuperación de la capacidad laboral de la persona trabajadora afectada no es posible (o, cuando menos, muy improbable) no se requiere un nivel de absoluta fehaciencia, no se requiere una constatación absoluta de dicha circunstancia, “*siendo suficiente una previsión seria de irreversibilidad*”, pues, “*al no ser la medicina, una ciencia exacta, sino fundamentalmente empírica, resulta difícil la absoluta certeza del pronóstico, que no puede emitirse, sino en términos de probabilidad*”.

Pues bien, este diagnóstico y esta probabilidad estará mucho mejor fundada cuando la persona trabajadora afectada haya apurado las posibilidades terapéuticas conocidas para su padecimiento. Dicho, en sentido contrario, negativo: el no proseguir el tratamiento prescrito para la recuperación de la salud es un obstáculo insalvable para la declaración de la incapacidad permanente como circunstancia protegida por el Sistema de Seguridad Social.

X. Apunte final

La regulación de la incapacidad permanente “se mueve”. Si esto fuese una película, podría ser la extraordinaria “*La noche se mueve*” (Arthur Penn, 1975), en la que los personajes no son lo que parecen y no les gusta hacer lo que hacen, aunque lo hacen, aunque sirviendo a propósitos distintos de los inicialmente requeridos. Algo similar acontece con la incapacidad permanente. Sirve a un propósito, pero soplan vientos de cambio para que se regule de otra manera y cumpla otros objetivos programáticos. Por lo que la pregunta que debe formularse entonces parece obligada, ¿Si se reforma -todavía no sabemos en qué sentido, ni cómo, aunque se intuyen algunas líneas de tendencia- va a continuar sirviendo a los mismos propósitos

tuitivos?, ¿O, por el contrario, se utilizará la reforma para que la institución sirva a designios distintos de los tradicionales?

La envergadura de la reforma responderá a las cuestiones, aunque hay dos líneas de tendencia que pueden empujar las velas del viento legislativo.

En primer lugar, la alteración del régimen de compatibilidad de la prestación con el ejercicio de otra actividad no incompatible con el estado de salud del sujeto. Y, en segundo lugar, la no extinción del contrato de trabajo cuando se declare la incapacidad permanente. Veámoslos con un cierto detalle.

El régimen de compatibilidad de la prestación con el ejercicio de otra actividad ha sido severamente limitado por dos resoluciones muy importantes del TS, una muy reciente, la otra no tanto.

En primer lugar, aunque referida a una funcionaria pública (policía local), por la STS-SOC 356/2017, de 26 de abril, que tiene la virtud de limitar las posibilidades de realizar una segunda actividad para quienes hayan sido declarados afectos a una incapacidad permanente total cuando el desempeño de esa segunda actividad se desarrollaba para el mismo empleador. La *ratio decidendi* de la resolución se edifica sobre la acentuación de un principio básico perfectamente predicable para todas la incapacidades: la incompatibilidad general y apriorística que existe entre la percepción de la prestación pensionada y el salario que deviene del ejercicio de la profesión habitual: *“la inactividad en la profesión a que se refiera la declaración de IPT constituye una condición insita en la propia naturaleza del derecho a percibir la pensión en cuanto integrante del concepto mismo del grado de IPT. Y esta incontestable incompatibilidad entre la declaración de IPT y el desarrollo -bien por persistencia, bien por reanudación- de la misma profesión, requiere en su aplicación -de un lado- previa definición de la ‘profesión habitual’ y comporta -de otro- la consecuencia de determinar los efectos iniciales en el devengo de la pensión”*.

Y, en segundo lugar, por la más reciente la STS-SOC 544/2024, de 11 de abril, que tiene el mérito de modifica los criterios de compatibilidad de la incapacidad permanente absoluta con el desarrollo de una actividad laboral no incompatible con la capacidad laboral residual de la persona trabajadora afectada. El cambio de perspectiva que impone se edifica sobre el entendimiento general de las actividades compatibles con una situación declarada de incapacidad permanente, en este caso total, pero sus argumentos pueden ser utilizados, con matices, para el supuesto de incapacidad permanente total. Se aboga, con carácter general y para todo el sistema de incapacidades, por apreciar que los trabajos compatibles con las prestaciones de incapacidad *“son aquellos de carácter marginal y de poca importancia que no requieran darse de alta, ni cotizar por ellos a la Seguridad Social; es decir los residuales, mínimos y limitados y ,en manera alguna, los que constituyen la propios que se venían realizando habitualmente ni cualesquiera otros que permitan la obtención regular de rentas y que, como se ha precisado, den lugar a su inclusión en un régimen de la Seguridad Social”*. Aunque el razonamiento tiene operatividad únicamente para el asunto que se estaba enjuiciando, es decir, para una incapacidad permanente absoluta, la advertencia se efectúa con carácter general y es válida para cualquier prestación de incapacidad permanente.

El argumento se edifica en dos razonamientos principalmente. En primer lugar, en que la compatibilidad se refiere únicamente a aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión, resultando *“palmario que la norma -al hablar de actividades compatibles (la propia dicción “actividades” y no “trabajos” contribuye a dicho entendimiento) se está refiriendo a labores o tareas marginales y limitadas y no a ocupaciones permanentes o cotidianas que por su extensión o intensidad den lugar a su inclusión en el sistema de Seguridad Social”*. Y, en segundo lugar, que la referencia a las actividades compatibles no solo abarca *“a tareas o funciones que no sean las correspondientes a alguna profesión u oficio, sino a labores*

de índole accesorio, marginal, ocasional o limitado que, siendo o no lucrativas, no den lugar a su inclusión en el sistema de Seguridad Social”.

Más allá de otras consideraciones que realiza sobre el gasto social que supone permite un amplio margen de compatibilidad, o la utilidad que pueden tener las herramientas informáticas para realizar actividades laborales a los declarados incapaces, la resolución puede leerse como una llamada muy seria a la modificación de la compatibilidad de la prestación con el desempeño de actividades laborales.

La segunda cuestión comentada surge del ‘tsunami’ jurídico que provoca en nuestro ordenamiento jurídico la STJUE de 18 de enero de 2024 (C-631/22) J.M.A.R. c. *Ca Na Negreta*. Porque, realmente, altera la perspectiva que se tiene sobre la extinción del contrato de trabajo cuando la persona trabajadora ha sido declarada afecta a una incapacidad permanente. La doctrina básica que se deduce de sus dictados reclama que antes de acudir al sistema extintivo por imposibilidad de que el trabajador que ha perdido su óptima capacitación profesional pueda exigirse empresarialmente una adaptación del puesto de trabajo, unos “ajustes razonables” del puesto de trabajo. Qué sean “ajustes razonables” no está claro en la resolución, pero uno de los aspectos más vidriosos consiste en determinar si dichos ‘ajustes razonables’ pueden consentir una pérdida de percepciones salariales. Aunque cualquier pacto sobrevenido que se implementara en este sentido debería considerarse inadecuado, por razones evidentes, la resolución no apura todas las posibilidades en este sentido, por dos motivos. En primer lugar, porque no se menciona, en ningún momento, la posibilidad de que los ajustes razonables conlleven una pérdida de capacidad adquisitiva. Pero, sobre todo, en segundo lugar, no puede negarse categóricamente esta posibilidad porque la propia resolución entiende factible operar esos cambios razonables desde la atribución de otro puesto de trabajo, tras la correspondiente novación contractual, se supone.

Efectivamente, en el § 43 se afirma que en lo que concierne a dichos ajustes de la normativa comunitaria se desprende “*que el empresario está obligado a adoptar las medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas, teniendo en cuenta cada situación individual, para permitir a cualquier persona con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se le ofrezca formación, sin que suponga una carga excesiva para el empresario*”. Es decir, que las medidas tienen que ser individualizadas y, sobre todo, prácticas y eficaces, en el sentido de habilitar los medios necesarios para la consecución del objetivo que se pretende, esto es, el acceso al empleo, el progreso en el mismo o la obtención de formación.

Por eso precisamente recuerda, en el § 44 que “*el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a una discapacidad sobrevenida, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada como ajuste razonable.../..., ya que permite a ese trabajador conservar su empleo, garantizando su participación plena y efectiva en la vida profesional con arreglo al principio de igualdad con los demás trabajadores...*”

Es decir, “*un cambio de puesto*” sí puede ser una medida eficaz y útil desde el punto de vista de los ‘ajustes razonables’ que requiere la nueva situación de incapacidad laboral que experimenta la persona trabajadora afectada. Usualmente, los cambios de puesto de trabajo llevan aparejado una modificación de la retribución que se percibe por su desarrollo.

Esta posibilidad sería, además, muy respetuosa con el principio que enuncia de no imposición al empresario de una “*carga desproporcionada*” en la implementación de los ‘ajustes razonables’, porque, como afirma el § 45, no puede obligarse “*al empresario a adoptar medidas que supongan una carga excesiva para él*”, entendiendo que “*para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deben tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total*

de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda”.

La individualización de cada respuesta se presenta como el criterio más razonable, pero de lo que afirma por la resolución en el párrafo transcrito deben retenerse dos corolarios. En primer lugar, que no puede negarse categóricamente que los ajustes razonables se operen mediante un cambio de puesto de trabajo. Y, en segundo lugar, que la eventual “disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda” es un parámetro adicional a tener en consideración, por lo que podría considerarse razonable una movilidad funcional que conllevara el desempeño de otro puesto de trabajo con menores percepciones salariales si la pérdida de poder adquisitivo quedase salvaguardada con los “fondos públicos o de otro tipo de ayuda” a los que tuviera derecho la persona trabajadora, entre los que puede considerarse, naturalmente, la percepción de la prestación de incapacidad permanente.

Además, la propia resolución tiene en consideración que para valorar la carga razonable que se impone al empresario deba apreciarse *“si solo existe la posibilidad de destinar a una persona con discapacidad a otro puesto de trabajo si hay por lo menos un puesto vacante que el trabajador en cuestión pueda ocupar”* (§ 45), por lo que no se desecha, antes al contrario, que los ajustes razonables se implementen mediante una peculiar movilidad funcional no expresamente prevista en nuestro ordenamiento, al estilo de las que reclama la normativa de prevención de riesgos laborales para determinados colectivos especialmente sensibles a ciertos riesgos. En definitiva, como reconoce el § 46, *“el concepto de ‘ajustes razonables’ implica que un trabajador que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para las funciones esenciales del puesto que ocupa sea reubicado en otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para su empresario”*.

La peculiaridad que subyace en estos ajustes razonables, más allá de la novación contractual que implícitamente exige, es la compatibilidad con la situación de incapacidad permanente total (o absoluta, en su caso), pues pareciera que estamos ante un supuesto de compatibilidad no expresamente previsto legalmente. Hasta ahora, la compatibilidad era *“siempre y cuando las funciones no coincidieran con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”* (art. 198.1-1 LGSS), ahora, tras esta resolución, estamos ante una compatibilidad que debe tener en consideración las funciones del nuevo puesto de trabajo tras la implementación de los ‘ajustes razonables’.

Es decir, se permite la compatibilidad siempre que, en primer lugar, las funciones a desarrollar no coincidan con las que se desempeñaban en el trabajo en el que se dictaminó la inhabilidad profesional, y, en segundo lugar, siempre que no sean incompatibles con las “funciones” que debe desempeñarse en el nuevo puesto de trabajo.

Ambas circunstancias, en definitiva (el régimen de compatibilidad y la no extinción del contrato de trabajo), deberán ser manejadas para la eventual modificación legislativa que se avizora de la incapacidad permanente. Veremos en ese momento si la institución se mueve o continúa en el mismo sitio que hasta ahora.

§ 59 Contrato de interinidad por vacante de más de tres años de duración: su calificación como “indefinido no fijo” (y no como “fijo”).

Susana Rodríguez Escanciano

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

Resumen: La prolongación de un contrato de interinidad por vacante más allá del plazo de tres años provoca la calificación del vínculo como “indefinido no fijo” y no como “fijo”, pues la situación de fijeza ha de alcanzarse respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución. De lo contrario, se podría hacer de mejor derecho a quien obtiene la estabilidad como consecuencia de un reclutamiento irregular frente al que accede al empleo público mediante los procesos reglamentarios de selección.

Palabras clave: Contrato de interinidad por vacante. Indefinido no fijo. Fijo. Mérito y capacidad.

Abstract: The extension of an interim contract due to a vacancy beyond the three-year period leads to the classification of the relationship as ‘indefinite non-fixed-term’ and not as ‘permanent’. The situation of permanence must be achieved in accordance with the principles of equality, merit and ability set out in articles 23.2 and 103.3 of the Constitution. Otherwise, the person who obtains stability as a result of irregular recruitment could be given a better right than the person who gains access to public employment through the statutory selection processes.

Keywords: Interim contract due to vacancy. Open-ended contract. Fixed-term contract. Merit and ability.

I. Introducción

Resulta sencillo constatar que en las últimas décadas las Administraciones Públicas han preferido contar con la herramienta de una importante bolsa de incorporación de efectivos a término, frente a otros procedimientos, siempre más complejos de articular (tal y como sucede con el reclutamiento de personal laboral estable). Este proceder ha dado lugar en múltiples ocasiones a relaciones decididamente anómalas amparadas en el fraude de ley, máxime cuando los vínculos se prolongan notablemente en el tiempo o se encabalgan sucesivamente. Las consecuencias reparadoras a tales abusos han dado pie a un abundantísimo corpus de doctrina judicial que da muestras de un desajuste disfuncional entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral, pues, de aplicar el ordenamiento social en toda su extensión, la utilización fraudulenta o irregular significaría la conversión del contrato en indefinido, lo cual parece chocar con las exigencias derivadas de los principios de igualdad, mérito y capacidad, para cuya satisfacción se prevén pruebas selectivas objetivas de acceso; de determinar, por el contrario, la nulidad contractual, quedan a

salvo los citados parámetros constitucionales, pero se sanciona la irregularidad en beneficio del empleador infractor.

La solución no ha sido fácil, y así lo muestra una evolución, que tarda en adoptar una posición definitiva, fluctúa, se contradice o corrige, estableciendo, al final, una extraña distinción entre trabajadores fijos (quienes han superado las pruebas objetivas de selección) e indefinidos no fijos (convertidos en tales precisamente por irregularidades), quedando obligada la Administración a adoptar las medidas precisas para la cobertura definitiva de la plaza o para su amortización, causas lícitas de extinción del contrato. De este modo, el contrato pasa a ser indefinido, pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de estabilidad en la plantilla porque ello no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

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

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 317/2024, 10 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de suplicación núm. 797/2021.

ECLI:ES:TSJM:2024:2796

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilmo. Sr. Fernando Muñoz Esteban.

Votos Particulares: dos; uno, formulado por el magistrado D. Rafael Antonio López Parada, al que se adhieren las magistradas Dña. María Aurora de la Cueva Aleu, Dña. Virginia García Alarcón y D^a Alicia Catalá Pellón y el magistrado D. José Luis Asenjo Pinilla; otro, presentado por el Magistrado D. José Manuel Yuste Moreno

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El pronunciamiento objeto de comentario resuelve un recurso de suplicación planteado frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 21 de Madrid, de 19 de abril de 2021, en la que se recogen como hechos probados los siguientes: la trabajadora demandante venía prestando servicios para la Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid, encadenando varios contratos temporales de interinidad desde el 21 de diciembre de 1998 y sin solución de continuidad desde el 29 de noviembre de 2010, siempre con la misma categoría de educadora y realizando las mismas funciones laborales. Desde el 1 de agosto de 2016 ocupa un contrato de interinidad por vacante. Dicha trabajadora solicita el reconocimiento de la condición de fija o, subsidiariamente, de indefinida no fija.

La mencionada sentencia del Juzgado de lo Social desestima la demanda con los dos fundamentos siguientes:

1) La legalidad de los primeros contratos suscritos con la trabajadora ya ha sido declarada por sentencia firme, siendo por ello cosa juzgada en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 26 de abril de 2019, que considera que: “en primer lugar, y partiendo de la contratación iniciada en el año 2010, los contratos son cinco todos ellos amparados en causa legal: los cuatro primeros por sustitución de trabajadores y el último de 2016, vinculado a la cobertura del primer concurso de traslado. En segundo término, de su propio objeto se observa que no se trata de necesidades permanentes de la Administración: sustitución de trabajador en i.t. y con licencia sin sueldo, esto es, con reserva de puesto de trabajo y, en cuanto al último, de interinidad por vacante. Respecto a este, a la fecha del enjuiciamiento han transcurrido dos años desde su celebración sin haberse superado el plazo de tres años que establece el art. 70.1 del EBEP”. En esta tesitura, “aun cuando hay una sucesión de

contratos temporales, el objeto de las respectivas contrataciones evidencia la ausencia del requisito de necesaria concurrencia: atención de una necesidad permanente cubierta indebidamente por contratación temporal. Ausente esta condición no puede apreciarse el fraude por más que se haya utilizado la contratación temporal”.

2) Lo único que ha de decidirse es si el contrato de trabajo actual, de interinidad por vacante, de fecha 1 de agosto de 2016, incurre en fraude de ley por haberse mantenido más allá del plazo de tres años, lo que se viene a negar con base en la doctrina que en aquel momento venía aplicado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, según la cual el contrato de interinidad por vacante no estaba sujeto a ningún plazo concreto de duración máxima, sin que fuera aplicable el lapso temporal de tres años fijado en el art. 70 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el (EBEP), para ejecutar las ofertas públicas de empleo.

A la vista de tal pronunciamiento de instancia, para resolver sobre el fondo del único motivo del recurso de suplicación y teniendo en cuenta que la pretensión principal era el reconocimiento de la trabajadora como fija y solamente subsidiariamente como indefinida no fija, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid considera necesario resolver dudas relevantes sobre la aplicación del Derecho de la Unión, en concreto sobre la interpretación de la cláusula quinta del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en interpretación y aplicación de la misma. Por ello, elevó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha sido resuelta por este Tribunal, tras su acumulación con otras dos cuestiones elevadas por la misma Sala sobre idéntica norma, en sentencia dictada el 22 de febrero de 2024.

IV. Posición de las partes

La demandante solicita, como pretensión principal, la declaración de su relación laboral como fija y, subsidiariamente, como indefinida no fija, aduciendo que ha venido prestando sus servicios para la demanda sin solución de continuidad desde el 29 de noviembre de 2010 a través de diferentes contratos temporales de interinidad. En concreto, el contrato de interinidad para la cobertura de vacante suscrito el 31 de julio de 2016 debe entenderse celebrado en fraude de ley, dado que supera ampliamente el plazo de duración de tres años, establecido en el art. 70 EBEP, máxime cuando desde el año 2000 la entidad empleadora no había aprobado ninguna oferta de empleo público ni convocado ninguna vacante. Fundamenta su pretensión en la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada anexo a la Directiva 1999/70/CE y en la jurisprudencia comunitaria, mencionando expresamente la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de marzo de 2020 en los asuntos acumulados C-103/18, Sánchez Ruiz y C-429/18 Fernández Álvarez y otras/ Servicio madrileño de Salud (SERMAS). Indica que para disuadir a la Administración de volver a cometer las irregularidades en la contratación habría que establecer una indemnización que fuera lo suficientemente eficaz y disuasoria, y que además protegiera debidamente al empleado público, que alcanzaría una cifra tan elevada que difícilmente podría ser satisfecha por la Administración, y por lo tanto, la única solución que cumple con las condiciones que establece la Justicia europea es la declaración de la relación como indefinida. Subsidiariamente pide, como ya consta, la declaración de la relación laboral como indefinida no fija.

La Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid alega la ausencia de irregularidad en el contrato de interinidad, refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo vigente (anterior a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021, C-726/19, asunto IMIDRA), según la cual el plazo de tres años del art. 70 EBEP no era aplicable como límite de duración máxima de los contratos de interinidad por vacante.

V. Normativa aplicable al caso

Dos preceptos confluyen en el enjuiciamiento del presente supuesto:

--La cláusula 5 del 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, en virtud de la cual "a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales".

--El art. 70.1 EBEP conforme al cual: "las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años".

VI. Doctrina básica

El Tribunal Superior de Justicia señala que la contratación de interinidad por vacante que se extiende durante más de tres años debe considerarse como "indefinida no fija" (y no como "fija"), pues la situación de fijeza "ha de hacerse respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE, dado que de lo contrario se podría hacer de mejor derecho a quien obtiene la fijeza por esta vía frente al que accede tal situación mediante los procesos de selección correspondientes".

VII. Parte dispositiva

Se estima la petición de la actora efectuada con carácter subsidiario, declarando el carácter indefinido no fijo de la relación laboral (contrato de interinidad por vacante de más de tres años de duración) con una antigüedad desde el 29 de noviembre de 2010, revocando la sentencia de instancia sin imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

En aras a dilucidar la naturaleza jurídica de la relación laboral de la actora ("fija" o "indefinida no fija"), el Tribunal Superior de Justicia de Madrid realiza el siguiente razonamiento:

1.-En relación con la petición principal, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid señala que, en una primera aproximación, podría pensarse que tal medida (la consideración del vínculo como fijo) podría ser la conclusión pertinente siguiendo lo apuntado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024, ya que en ella se dice que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, con arreglo a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, "los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida". Es más, esta Sentencia añade que "corresponde, en su caso, al tribunal nacional modificar la jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de dicha cláusula 5". Ahora bien, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid da un paso más para aclarar que un análisis reposado de dicha Sentencia de 22 de febrero de 2024 muestra que no se

impone en ningún caso como medida pertinente que se acuerde la fijeza ya que se dice simplemente que "la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida". En consecuencia, la respuesta a esta petición de la actora es negativa. Y ello porque, a juicio mayoritario del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, correspondiendo al juzgador únicamente la función de aplicar el derecho (y no la de crearlo), no existe amparo legal para reconocer a la demandante la condición de fija de plantilla, pese a que resulte totalmente inadmisibile que después de tantos años de prestación de servicios siga teniendo un contrato que sería de naturaleza temporal.

Así, según la consideración mayoritaria del Tribunal Superior de Justicia, en el supuesto de autos concurre un insalvable obstáculo para la atribución de la condición de fijeza, a saber: "el acceso a la situación de fijeza ha de hacerse necesariamente respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE", por lo que se rechaza esta primera petición de la demandante, dado que de lo contrario se podría hacer de mejor derecho a quien obtiene la fijeza por esta vía frente al que accede a tal situación mediante los procesos de selección correspondientes. Cuestión distinta sería que la trabajadora que demanda esa relación laboral fija hubiera participado en el proceso de selección oportuno y lo hubiera superado aprobando la convocatoria aunque sin obtener plaza, pues en tal caso ese óbice desaparecería y no existiría impedimento alguno para que, incluso sin haber prestado servicios durante un período de tiempo tan inusitadamente largo (con lo que podría servir el de 5, 6 ó 7 años, según las circunstancias), obtuviera la fijeza pretendida, pero esta circunstancia no concurren en el caso analizado.

2.- Por lo que se refiere a la petición subsidiaria, esto es, la consideración de la relación como "indefinida no fija", la posición mayoritaria del Tribunal Superior de Justicia considera que procede declarar tal cualidad, pues, habiendo venido prestando sus servicios para la demandada desde el 29 de noviembre de 2010 hasta la actualidad a través de diferentes contratos de interinidad, el contrato de interinidad por vacante celebrado el 31 de julio de 2016 se encuentra en fraude de ley, al haber excedido el plazo de tres años legalmente establecido sin que la empleadora haya realizado ningún proceso de promoción o selección para la cobertura definitiva de la plaza (art. 70 EBEP). El Tribunal Superior de Justicia de Madrid apoya su razonamiento en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2021 (Rec. 3263/2019), en virtud de la cual "...aun cuando el contrato de trabajo de interinidad por vacante haya cumplido los requisitos del art. 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 sólo 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".

3.- La sentencia de instancia había considerado concurrente la excepción de cosa juzgada como consecuencia de la sentencia firme de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de abril de 2019. El pronunciamiento ahora comentado considera, sin embargo, que no concurre "cosa juzgada", pues lo que la actora pide con carácter principal es que se declare que su contrato tiene carácter indefinido o, subsidiariamente, indefinido no fijo, alegando al efecto que el contrato de interinidad de fecha 31 de julio de 2016 incurre en fraude de ley al haber superado los tres años de duración previstos en el artículo 70 del EBEP, por lo que resulta indudable que no procede la aplicación de la excepción mencionada al ser distinto el objeto procesal (constituido, doblemente, por lo que se pide y por la causa por la que se pide), máxime

si se tiene en cuenta que concurren acontecimientos posteriores que integran una causa de pedir diversa a la que había en el proceso anterior, en tanto en cuanto la situación de la demandante se ha prolongado en el tiempo abarcando un período más amplio que el contemplado en la sentencia de 26 de abril de 2019, con lo que el supuesto de hecho habría cambiado; y por otro lado se ha de tener en cuenta que la actora basa su pretensión además en la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada anexo a la Directiva 1999/70/CE, debiendo interpretarse la misma conforme a la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en concreto la de 22 de febrero 2024, bien entendido que, dada la naturaleza del derecho de la Unión, que se caracteriza por ser de aplicación directa y preferente, se ha de seguir en todo caso el criterio establecido por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, que es vinculante para los juzgados y tribunales.

Frente a tales consideraciones mayoritarias, el voto particular formulado por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Rafael Antonio López Parada, al que se adhieren las magistradas Dña. María Aurora de la Cueva Aleu, Dña. Virginia García Alarcón y D^a Alicia Catalá Pellón y el magistrado D. José Luis Asenjo Pinilla, llega a las siguientes conclusiones: a) no consta que se haya exigido responsabilidad alguna a ninguno de los directivos o encargados de la contratación por razón de la permanencia de la trabajadora temporal en su situación durante un tiempo anormalmente largo, ni que se haya adoptado ninguna otra medida análoga y suficientemente disuasoria; b) no consta actuación alguna de la Inspección de Trabajo, imposición de sanción o exigencia de responsabilidad. c) no consta que se haya convocado un procedimiento de cobertura de la plaza; y d) no existiendo otras medidas adecuadas para sancionar el incumplimiento, procedería haber declarado la fijeza plena de la trabajadora.

Por su parte, el voto particular formulado por el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Manuel Yuste Moreno matiza la argumentación sobre la concurrencia de cosa juzgada, la cual impediría entrar a conocer sobre lo que ya ha sido juzgado, máxime cuando las partes son las mismas, la cuestión controvertida -el objeto de la pretensión- es idéntica ya que en su correspondiente litigio precedente se pedía una relación laboral indefinida a todos los efectos de fijeza, aunque solo se reconociese una relación laboral indefinida no fija, y en el litigio actual se reitera la petición de la naturaleza de la relación laboral como fija respecto del mismo vínculo, con el mismo contrato, y se pide lo mismo que no es sino la declaración de fijeza de la relación laboral. Incluso el entorno jurídico normativo es el mismo, habiendo cambiado solamente la jurisprudencia en su forma de abordar las cuestiones implicadas, pero los cambios de jurisprudencia no anulan ni pueden dejar sin efecto lo acordado en pleitos anteriores. Además, entrando en el fondo, considera que teniendo en cuenta que, en la interpretación del derecho interno, los órganos judiciales nacionales están obligados a garantizar el resultado perseguido por el Derecho de la Unión, entre cuyos principios se encuentra el de evitar el abuso en la contratación temporal, la valoración de la legalidad del contrato de interinidad debe tener en cuenta, además de los aspectos técnico jurídicos, la situación del trabajador interino, sus expectativas y la actividad desplegada por la Administración como entidad contratante. A la luz de este razonamiento, no cabe duda, para este voto particular, de la existencia del exceso en el tiempo de la contratación temporal y la consiguiente declaración de fraude de ley, circunstancia de la que podría derivar, si así lo dispusiera el legislador como medidas lógicas y disuasorias, la declaración de indefinida de una relación formalmente temporal y su sometimiento al régimen común de la extinción de los contratos de trabajo. Ahora bien, "la consecuencia de la declaración de una relación laboral indefinida por fraude en la contratación temporal, en el ámbito de las Administraciones Públicas, será la de acceder a la condición de personal laboral al servicio de las Administraciones públicas sin haberse sometido a los procedimientos de selección del personal laboral públicos y conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad constitucionalmente previstos... (Ello) solo es posible por voluntad legal que, seguramente, impondría una alteración constitucional o una interpretación muy avanzada de la misma, lo cual tampoco es necesario a efectos del cumplimiento de la Directiva 1999/70, específicamente su cláusula 5, ya que es el Estado nacional el que

ha de adoptar las medidas adecuadas para evitar los abusos de la Administración Pública en la contratación temporal”.

IX. Comentario

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, cuyo fin último radica en la aplicación de medidas efectivas de protección de los trabajadores que han sido sometidos a una utilización abusiva de contratos de duración determinada con objeto de sancionar debidamente dicho abuso, recoge dos pautas nucleares: de un lado, la cláusula 4 establece el principio de no discriminación de los trabajadores con contrato a término respecto de los trabajadores indefinidos comparables como principio general del Derecho de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva; de otro, la cláusula 5 impone a los Estados miembros el propósito de evitar contratos temporales sucesivos, debiendo incluir en sus ordenamientos disposiciones que prevengan y sancionen dicha renovación sucesiva abusiva, si bien contando con un margen de discreción en cuanto a las medidas preventivas y represivas a establecer dentro del límite del principio de efectividad.

Bajo tal paraguas, el 14 de septiembre de 2016 el Tribunal Europeo dio un paso decisivo considerando discriminatoria la falta de indemnización por la terminación de un contrato laboral de interinidad en una Sentencia, de gran impacto mediático (asunto *De Diego Porras*), en la que proporcionó respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con ocasión de un conflicto planteado por una trabajadora que prestaba servicios como interina desde febrero de 2003 en el Ministerio de Defensa, con sucesivos contratos, el último durante 7 años. A dicha empleada se le comunica la extinción de su vínculo contractual con efectos de 30 de septiembre de 2012 al producirse la reincorporación de la persona titular del puesto de trabajo que se encontraba en situación de excedencia por desempeñar un cargo de representante sindical finalizado tras la aprobación del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de junio, que, por lo que aquí importa, provoca la revocación de la dispensa de trabajo de la trabajadora sustituida.

Tras comprobar que efectivamente la recurrente en el litigio principal se hallaba en una “situación comparable” a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por el mismo empleador durante el mismo período de tiempo –realizaba, por tanto, “un trabajo análogo o idéntico al de un trabajador fijo”–, el Tribunal sienta doctrina sobre la existencia de una distinción de trato entre los trabajadores interinos y los trabajadores fijos, en la medida que, a diferencia de estos últimos, los primeros no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados. En definitiva, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, analizando la normativa española interna constata su oposición a la Directiva 1999/70, pues deniega cualquier cuantía por finalización de contrato al trabajador interino por reincorporación del sustituido, mientras permite la concesión de indemnización a los trabajadores fijos comparables, de modo que “el mero hecho de haber prestado servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización” bajo la justificación de no encarecer costes [art. 49.1 c) TRET]. Por ende, es contrario al ordenamiento de la Unión Europea denegar cualquier indemnización a los interinos, llegando a identificar las causas previstas en el art. 49.1 c) con las del art. 52 TRET, de manera tal que aquéllas se podrían o deberían incluir en el listado de este último precepto.

No obstante –y como motivo de preocupación adicional en cuanto a la seguridad jurídica hace–, procede reseñar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea volvió a pronunciarse, en Gran Sala, el 5 de junio de 2018, en los asuntos *Montero Mateos* (C-677/16) y *Grupo Norte Facility* (C-574/16), cambiando el criterio al entender justificada la diferencia sobre la existencia y cuantía de la indemnización según que la modalidad contractual sea de duración determinada o indefinida. Acoge como postulado para llegar a esta conclusión el factor de “previsibilidad” o “certeza” en

cuanto a la finalización de cualquier contrato temporal, circunstancia que no concurre en los contratos de duración indefinida, en los que la extinción debe producirse por una causa no prevista al iniciarse la prestación laboral y que puede ser tanto de índole objetiva como disciplinaria. De esta previsibilidad o no de la causa extintiva deriva, además, otra consecuencia: en el supuesto de extinción por causas objetivas, la indemnización legalmente prevista está pensada sobre todo para compensar las expectativas frustradas del trabajador sobre la continuidad de su relación laboral, la cual, en realidad, debía perdurar. En cambio, tales expectativas frustradas no existen cuando un contrato de trabajo de duración determinada simplemente finaliza por expiración del tiempo convenido, por haberse realizado la obra o el servicio pactado o por haberse producido el hecho o acontecimiento acordado. Se reconoce, por tanto, la acomodación del régimen extintivo de los contratos temporales previsto en el Estatuto de los Trabajadores a la normativa comunitaria.

Aunque referida al régimen funcionarial, cabe dar noticia también de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de enero 2020, asunto *Baldonado Martín* (C-1771/18), que ha insistido en la idea de que no vulnera la Directiva 1999/70 el hecho de que los funcionarios interinos no reciban indemnización al finalizar su relación, incluso si la perciben quienes tienen vinculación laboral indefinida o temporal de otro tipo.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de marzo de 2020, asuntos *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez* (C-103/18 y C-429/18), también aborda problemas suscitados en el marco de empleos funcionariales que se han dilatado en el tiempo (entre doce y diecisiete años), habiendo mediado sucesivos nombramientos para ocupar la plaza interinada. La sentencia concede relevancia al incumplimiento por parte del empleador (un Servicio Público de Salud) de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo y subraya que el Derecho de la Unión Europea impide entender justificada la renovación sucesiva de nombramientos por razones genéricas que acaban encubriendo necesidades permanentes y estables. Aclara que la Directiva 1999/70 UE no obliga a transformar los nombramientos en indefinidos, pero sí a que haya consecuencias proporcionadas y disuasorias.

Otro hito importante es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021, asunto *IMIDRA*, C-726/19, que censura que en el empleo público pueda prolongarse, sin límite cierto, el desempeño de un puesto de trabajo de manera interina por el hecho de que todavía no se haya cubierto con arreglo a los principios de mérito y capacidad. Este pronunciamiento ha obligado a corregir la doctrina judicial interna que venía sosteniendo que, en interinidades por vacantes del sector público, el transcurso del plazo de tres años fijado en el artículo 70 EBEP, por sí solo, no comporta su conversión en uno de carácter indefinido no fijo, si bien la valoración de otras circunstancias (pasividad de la Administración para la cobertura, sucesión de contratos interinos en diversos destinos, ausencia de justificación de todo ello) podía abocar a conclusión contraria. Tras la Sentencia de 3 de junio de 2021 esa misma jurisprudencia ha debido rectificarse para explicar que la mera prolongación, sin horizonte fijo, de una interinidad por vacante ya es incompatible con la Directiva 1999/70/CE, de manera que las contrataciones en cuestión deben abandonar la categoría de temporales y acceder a la condición de personal indefinido no fijo.

Por su parte, la sentencia de 22 de febrero de 2024 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resuelve las peticiones de decisión prejudicial acumuladas, planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Autos de 22 de diciembre de 2021, 21 de diciembre de 2021 y 3 de febrero de 2022), sobre la calificación de la relación laboral que vincula a los trabajadores indefinidos no fijos con la Administración Pública correspondiente y su posible incompatibilidad con la interpretación de las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco. Teniendo en cuenta que los contratos indefinidos no fijos pueden resolverse por la cobertura reglamentaria de la plaza por otro trabajador sin más requisito que el derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el máximo de una anualidad, surge la duda si

tal tibia consecuencia es contraria a los objetivos de la Directiva 1999/70 al tratarse una medida que podría no ser apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción tal y como exige la cláusula 5ª del Acuerdo Marco.

En apretada síntesis, el Tribunal de Justicia realiza cinco importantes consideraciones en este último pronunciamiento:

a) La normativa española no garantiza la efectividad del resultado perseguido por el Acuerdo Marco y su cláusula 5ª, la cual exige la adopción de medidas dirigidas a prevenir, y, después, a sancionar los abusos en la utilización de contratos temporales. La garantía constitucional del acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y la finalidad de corregir las irregularidades de la contratación temporal por los organismos públicos, que dieron lugar a la creación jurisprudencial de la contratación indefinida no fija, podían explicar la aplicación de esta modalidad contractual, pero no son “razones objetivas” que justifiquen “la renovación de tales contratos o relaciones laborales”, pues no se han cumplido ni los plazos de las convocatorias públicas, ni esas convocatorias han sido frecuentes.

b) El pago de una indemnización tasada, de veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, prevista para los trabajadores indefinidos no fijos cuyo contrato se extinga por la cobertura por otra persona de la plaza que venían desempeñando provisionalmente, no es idónea para prevenir los abusos, pues su abono “parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada”.

c) La disposición adicional 43ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 y la disposición adicional 17ª EBEP, introducida por el Real Decreto-ley 14/2021, tampoco superan el juicio de adecuación o conformidad con la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, dada la indefinición e imprecisión de sus mandatos normativos en lo referido a la obligación legal de las Administraciones públicas de evitar “irregularidades en la contratación laboral temporal [...] que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo” (Ley de Presupuestos de 2018), y a la imputación de responsabilidades a dichas Administraciones y entidades del sector público por su incumplimiento “de conformidad con la normativa vigente” en cada una de ellas, que no se identifica (EBEP), máxime cuando el propio Tribunal remitente ha señalado que no tenía constancia de que se hubiera “exigido responsabilidad a ninguna Administración Pública por haber promovido o suscrito sucesivos contratos temporales”.

d) Los procesos excepcionales y masivos de consolidación del empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores temporales, entre ellos los trabajadores indefinidos no fijos, llevados a efecto tras la reforma de 2021, provoca un resultado incierto para éstos, pues pueden perder su empleo si no superan las pruebas correspondientes diseñadas bajo los principios constitucionales/legales de igualdad, libre concurrencia, publicidad, mérito y capacidad. No son, por tanto, una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos en la utilización de los contratos de los indefinidos no fijos sucesivamente prorrogados.

e) La cláusula 5ª del Acuerdo Marco no obliga a la conversión en fijos de los contratos indefinidos no fijos, pero apoya tal conversión como mecanismo de estabilidad en el empleo y de protección de los trabajadores y, por ello, como medida que sanciona efectivamente la utilización abusiva de los contratos indefinidos no fijos prorrogados automáticamente. Y ello porque la solución tradicional del indefinido no fijo “podría comprometer el objeto, la finalidad y la efectividad de dicho Acuerdo Marco que persigue evitar los abusos de la temporalidad”.

En fin, el Tribunal de Justicia invita de forma explícita a modificar la doctrina judicial nacional que se opone a la conversión en fijos, afectando a cientos de miles de indefinidos no fijos que por razones temporales u otras no han podido acogerse a los

procesos legales excepcionales de estabilización del empleo temporal o no han podido hacerlo con el resultado de obtención de la plaza que venían desempeñando temporalmente .

Con posterioridad a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2014, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 10 de abril de 2024, ha dictado el pronunciamiento objeto de comentario en el que llega a calificar la contratación de interinidad por vacante de más de tres años de duración como indefinida no fija (y no como fija).

Como siguiente eslabón de la cadena de intervenciones judiciales, la Sala cuarta del Tribunal Supremo ha planteado, por Auto de 30 de mayo de 2024, una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la manera de compatibilizar la doctrina acuñada por la citada sentencia de 22 de febrero de 2024 con las normas del ordenamiento jurídico nacional que garantizan el derecho de acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. En concreto, formula dos interrogantes: De un lado, ¿se opone a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco la doctrina jurisprudencial que, defendiendo los principios de igualdad, mérito y capacidad y no discriminación en la libre circulación de trabajadores, niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos del sector público a los trabajadores indefinidos no fijos? De otro, de ser afirmativa la respuesta a la anterior pregunta, ¿el reconocimiento de una indemnización disuasoria al trabajador indefinido no fijo en el momento de la extinción de su relación laboral, puede considerarse como una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales en el sector público con arreglo a la cláusula 5 del Acuerdo Marco?

De la redacción del texto de la cuestión presentada, parece apuntarse una cierta inclinación de nuestro Alto Tribunal por entender que no es adecuado el reconocimiento de la fijeza ante la necesaria observancia de los principios de igualdad, mérito y capacidad, sino la apuesta por indemnizaciones que, de verdad, disuadan a las Administraciones de mantener en el tiempo situaciones irregulares. En concreto, se apunta a la indemnización por despido improcedente como posible solución para cumplir con dichos fines.

X. Apunte final

Cierto es que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024 ha puesto de manifiesto que el Derecho español no respeta la Directiva 1999/70 sobre trabajo de duración determinada porque, pese a los avances de la reforma de 2021, ni tiene mecanismos eficaces para la prevención del abuso de la temporalidad ni contempla como compensación vías adecuadas de sanción del abuso en cuestión. No menos verdad resulta que el imperativo categórico del art. 103.3 CE exige que la ley regule “el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”, previsión extendida a todo el empleo público (indefinido o temporal) por el EBEP y refrendada por el Real Decreto Ley 6/2023. Por tal razón, la inestabilidad que acompaña a la figura de los indefinidos no fijos no puede venir acompañada en el Derecho español, como regla general, de la transformación automática en una relación de servicio permanente. De ahí que sea pertinente conseguir, a través de la oportuna intervención urgente del legislador, que pueda conjugarse adecuadamente el efecto útil de la mencionada Directiva 1999/70 con el aseguramiento de los aludidos parámetros constitucionales, sin perjuicio de las reparaciones *uti singuli*, por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración o de las indemnizaciones compensatorias pertinentes, de aquellos casos concretos donde la extensión de la temporalidad durante varias décadas desborda cualquier lógica o regla de sentido común.

§ 60 Grupos de mensajería instantánea entre compañeros de trabajo: intimidad, privacidad y secreto.

Pilar Rivas Vallejo

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

Resumen: *La falta de legitimación para compartir conversaciones privadas en grupos de mensajería instantánea con terceros, incluido el empresario, determina la ilicitud de estas como prueba de incumplimientos a efectos de despido disciplinario y constituye vulneración del derecho a la intimidad, y a la privacidad de las comunicaciones y de los datos personales.*

Palabras clave: *Cesión de datos. Privacidad. Mensajería instantánea. Whatsapp laboral.*

Abstract: *The lack of legitimacy to share private conversations in instant messaging groups with third parties, including the employer, determines the illegality of these as evidence for the purposes of disciplinary dismissal and it constitutes a violation of the right to privacy, the privacy of communications and of personal data.*

Keywords: *Data session. Privacy. Instant messaging. Whatsapp at work.*

I. Introducción

La resolución analizada resuelve sendos recursos de suplicación interpuestos por demandantes y demandada contra una sentencia que desestimó la nulidad del despido, pero apreció su improcedencia, por aplicación de la teoría gradualista, en relación con hechos conocidos por el empresario como consecuencia de su exhibición por parte de una de las trabajadoras integrantes de un grupo de mensajería instantánea (WhatsApp).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

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

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 198/2024, 23 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de suplicación núm. 581/2023.

ECLI:ES:TSJBAL:2024:389

Ponente: Ilmo. Sr. D. Joan Agustí Maragall.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. La cuestión abordada

El problema que se suscita en la sentencia comentada es

doble: si el despido obedeció a un móvil represivo (vulnerando el derecho de garantía de indemnidad), y si la prueba del mismo se obtuvo ilícitamente, considerando que el empleador tuvo acceso a la misma como consecuencia de su cesión por parte de una de las personas implicadas en la misma, concretamente un grupo de mensajería instantánea (la aplicación privada para teléfonos inteligentes «WhatsApp»).

Los elementos jurídicos analizados son dos: el posible carácter represivo del despido disciplinario como consecuencia de la autodefensa de las trabajadoras sancionadas para reclamar contra órdenes empresariales que consideraban abusivas, y la validez de la prueba utilizada por el empresario: un grupo de mensajería o chat (WhatsApp) del que este no formaba parte, pero cuya conversación le fue revelada por una de sus integrantes.

2. Los hechos

Las demandantes (Gema, Guadalupe, Irene, Jacinta, Josefina, Julieta y Noemí) constituyeron, junto a otras compañeras de trabajo, un grupo de mensajería instantánea (WhatsApp) *ad hoc*, con motivo de la negativa empresarial a concederles los días principales del periodo navideño (24 y 31 de diciembre), en fecha 3/12/2021, en el que participaban diecisiete de las veintiuna trabajadoras (ninguna de las cuales ostentaba cargo representativo), y, donde, naturalmente, no fue incluido el empleador. En dicho contexto, acordaron emitir un comunicado solicitando expresamente la concesión de tales días como festivos, en fecha 16/12/2021, que obtuvo respuesta empresarial al día siguiente, y, durante la tarde del citado día y todo el día siguiente, además de la mañana del día 18, vertieron expresiones vejatorias e insultantes contra este, a cuenta de dicha respuesta, que fueron posteriormente reveladas a aquel por una de sus integrantes, previamente mencionada como «cabecilla» de la movilización en el chat, con referencia a que el empleador parece sospechar que es ella quien la ha promovido. Estos hechos merecieron la notificación de despido disciplinario en 17/1/2021 a siete trabajadoras.

IV. Posición de las partes

La sentencia de instancia (núm. 142/2023), dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Palma (autos núm. 429/2022), declara improcedente el despido (pues considera que los hechos no revisten suficiente gravedad por el contexto de conflictividad en el que se producen y por no proferirse en presencia del aludido), estimando, así, parcialmente la demanda, que solicitaba su nulidad por vulneración del derecho de indemnidad, que descarta por ausente móvil represivo (pues no todas las participantes en la reivindicación fueron despedidas y solo lo fueron las que se expresaron en términos insultantes en el grupo de chat). Contra la misma, ambas partes formalizaron sendos recursos de suplicación.

Las demandantes sostienen que hubo otras participantes en la reivindicación que también fueron despedidas, y que, en todo caso, el hecho de que solo algunas de ellas fueran despedidas no desvirtuaría el -a su juicio- manifiesto carácter represivo del despido, contrario a los arts. 24 CE y 17.1 ET. Asimismo, en su escrito de impugnación al recurso del demandado, mantienen que se trata de una forma de desahogarse, en el contexto de una reivindicación laboral, tras conocer el anuncio empresarial de recortes de derechos, realizada en un ámbito privado, y, por ello, sin voluntad de injuriar al aludido, y con un acto represivo adicional empresarial, consistente en la insistencia en conocer la identidad de la persona que actuó de promotora de la queja.

La demandada alega la ruptura de la convivencia en el seno de la empresa tras el conocimiento por el empresario de las expresiones proferidas contra él en el chat, que

reúnen el requisito de gravedad, a tenor de su tono humillante e hiriente, y su «naturaleza homofóbica, gordofóbica y racista», y que no pueden tildarse de espontáneas para atenuar su gravedad, por su tono «reflexivo» y su *animus injuriandi*.

V. Normativa aplicable al caso

Son de aplicación al caso los arts. 18, apdos. 1 y 3, y 24 de la Constitución española, 54.2.c) ET, 43.3 del Convenio Colectivo Nacional de Autoescuelas, 87.1 de la Ley orgánica 3/2018, y 181.2 LRJS.

VI. Doctrina básica

1. Despido pluricausal y nulidad por vulneración de la garantía de indemnidad

La sentencia de instancia excluye la naturaleza pluricausal del despido, en tanto pudiera ser reactivo a la reivindicación y también a las expresiones vejatorias proferidas en el grupo de chat y aprecia la improcedencia del despido, por aplicación de la teoría gradualista, al no estimar gravedad en el incumplimiento. Sin embargo, la dictada en suplicación, manteniendo la exclusión del carácter *pluricausal* del despido, por razones procesales (no haberse alegado en la demanda ni abordado en la sentencia impugnada), descarta el valor de la prueba del incumplimiento, confirmando la improcedencia del despido por falta de causa.

No cabe obviar que los hechos indiciarios de ese posible carácter represivo figuran debidamente descritos en el relato de hechos probados, aun cuando la sentencia impugnada descarte dicho móvil en relación con todas y cada una de las demandantes, centrándose en exclusiva en la conducta sancionada a través del despido disciplinario.

La resolución estudiada parte de una estimación en parte de la demanda, en cuanto esta solicitó igualmente la nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad vinculado a la reivindicación planteada por las demandantes, que fue rechazada por la sentencia de instancia por falta de influencia específica del móvil en cuestión en la decisión extintiva. Por el contrario, la juzgadora *a quo* concluye que el único móvil del despido fue el incumplimiento de las trabajadoras, pero a partir del análisis del peso de ambas causas en la motivación del despido.

2. Ilícitud de la prueba e improcedencia del despido disciplinario

La ilicitud de la prueba en la que se basa la decisión extintiva disciplinaria conduce a la improcedencia del despido, al carecer este de soporte probatorio, conforme a la doctrina constitucional sentada en la STC núm. 61/2021, de 15/3, lo que conllevaría la inimputabilidad de las conductas descubiertas mediante la lectura de sus conversaciones en el grupo de chat a efectos disciplinarios.

La sentencia comentada afirma que son dos los motivos de su invalidez probatoria: a) su obtención con vulneración del art. 18, apdos. 1 y 3 CE, violentando el derecho fundamental a la intimidad o a la expectativa de intimidad, así como al secreto de las conversaciones, canalizadas a través de una herramienta de comunicación privada, a lo que no es óbice que fuera participe en ellas la persona que las revelara al empleador, pues no se encontraba legitimada para ello, como tampoco lo estaba este para usar su contenido con fines disciplinarios (ya que su creación obedeció a fines reivindicativos); en suma, afirma la sentencia, estas conversaciones deben ser tratadas como si jamás hubieran existido; y b) que la transmisión de información ha lesionado, también, el derecho fundamental a la protección de los datos personales (art. 18, apdos. 1 y 4 CE), al comportar el conocimiento no autorizado de la identidad de las reivindicantes y los datos personales conectados a la aplicación instalada en sus teléfonos, cuando sobre el empresario recae el deber de garantizar tal derecho y no de violentarlo.

VII. Parte dispositiva

Se estima en parte el recurso del demandado, en la cuantía de la indemnización fijada para una de las trabajadoras, y se desestima el otro motivo de censura jurídica, así como íntegramente el recurso de las demandantes.

VIII. Pasajes decisivos

«Se trata... de un canal de comunicación entre las trabajadoras en conflicto con el empresario, (...) lo que ...no es ya que degrade la gravedad de las expresiones utilizadas, (...), sino que -simple y llanamente- debiera haber impedido la imputabilidad de las mismas para justificar el despido disciplinario impugnado (...), por cuanto fueron conocidos por el empresario con vulneración del art. 18 CE, con infracción de la garantía fundamental al secreto de las comunicaciones ex art. 18.3 CE o, alternativamente, de la expectativa de intimidad – si no secreto- en las conversaciones entre las integrantes del grupo de WhatsApp utilizado para comunicarse con ocasión de haber formulado su reivindicación, con una clara expectativa de intimidad que todas las participantes debieran haber guardado (art. 18.1 CE)» (F.D.6º).

«... que dicha trabajadora fuera participante de dicho grupo no la legitimaba, ..., para transmitir el íntegro contenido de las conversaciones en dicho chat al empresario, ni legitima la validez de dicho conocimiento por el mismo ni, menos aún, la utilización con fines disciplinarios de la información obtenida» (F.D.6º).

«tal transmisión de información ha lesionado, también, el derecho fundamental a la protección de los datos personales (...), al comportar el conocimiento -sin autorización de las implicadas- de la identidad de las reivindicantes (recordemos que la reivindicación había sido anónima, sin duda como cautela anti-represiva) y hasta de su número de teléfono, datos todos ellos de carácter personal. (...) ... con mayor razón el empresario debe garantizar, y no infringir, tal derecho fundamental cuando se comunican mediante sus teléfonos privados». (F.D. 6º)

IX. Comentario

1. Garantía de indemnidad y despido pluricausal

Si bien el conjunto de las dos causas alegadas no se analiza como «despido pluricausal», lo cierto es que (constituyendo una doctrina constitucional predicable del análisis de la cuestión) no resulta descartable su estudio en fase de recurso, pues se sostiene en sendas fases del procedimiento el origen multicausal del despido, por lo que el rechazo de su examen, fundado en su desestimación por la sentencia impugnada, podría cuestionarse desde el principio de tutela judicial efectiva, como expone, en un caso similar, el voto particular a la STC núm. 61/2021.

Consecuentemente, según la doctrina referente al despido *pluricausal*, el panorama indiciario presentado por las trabajadoras (decisión reactiva a reivindicación laboral, e hipotética discriminación por razón de sexo, no alegada por las demandantes) debía conducir a la flexibilización de la carga de la prueba en su favor, habiendo de probar el empresario el incumplimiento imputado, prueba inexistente si se considera la invalidez por ilícita de la utilizada para justificar el despido, conforme a la doctrina constitucional sentada, entre otras, en la STC (Pleno) núm. 119/2022, de 20/9.

En cuanto respecta a tales indicios, la carta de despido alude claramente a todas las circunstancias concurrentes y al contexto en el que se realizaron las manifestaciones sancionadas, quedando patente y manifiesto que el empresario instó a algunas de las trabajadoras a revelar la identidad de la promotora de la (legítima) reivindicación de un derecho reconocido en el convenio colectivo aplicable, y se relata, asimismo, que las trabajadoras comparten en el chat tan insistente indagación empresarial, sin olvidar los términos en los que se expresaba la notificación empresarial de 17/1/2021, susceptibles de detenida lectura desde el prisma de género. Así, se considere o no probado cuanto en el chat se afirma acerca de la actitud empresarial, no cabe duda de que se introduce el indicio suficiente como para

conectar la decisión extintiva también a tal motivo, pues las expresiones insultantes proferidas tienen lugar en un contexto reivindicativo anónimo, carácter que excluye la aplicación de la teoría gradualista, puesto que nunca debieron ser objeto de sanción, al ser conocidas indebidamente por el empresario. En cambio, sí constituyen el nexo de conexión entre los hechos sancionados y el despido. En suma, la situación polimórfica, como suma iterativa de distintos actos, que incluyen la reivindicación tenida por impertinente, que motiva la reacción empresarial airada, su interés por conocer la identidad de su promotora, y su respuesta extintiva final, tras conocer, ilícitamente, las expresiones insultantes que las trabajadoras le habían dedicado... habría de ser objeto de estudio para derivar el origen complejo del despido.

No se cuestiona, pues tampoco consta en los hechos probados, si todas las trabajadoras fueron objeto del despido o reclamaron contra este, mas, seguramente, este elemento carezca de suficiente relevancia en el examen de la decisión empresarial (que podría tener también múltiples justificaciones de orden organizativo, como la debida atención del negocio con personal suficiente, de mantener solo a las cuatro trabajadoras no reclamantes, u otras motivaciones). De suerte que, sean despedidas todas las reivindicantes o solo parte de ellas, este hecho, *per se*, no parece prueba suficiente para descartar el móvil represivo. El único dato conocido es que se impugna el despido de siete trabajadoras, de las diecisiete que formaban parte del grupo de chat, y que algunas de estas no fueron despedidas, aunque se ignora el número de ellas. Pero sí puede constatar que una ellas únicamente dirigió al empresario un insulto de escasa envergadura (“qué estúpido” y “Don Pimpón”), recibiendo, inexplicablemente, la misma respuesta sancionadora, sin analizar si esta encubre un móvil represivo por la reivindicación colectiva, por su posible «colaboracionismo» con sus compañeras en su actuación vejatoria, o si se trata de actitud represiva «por asociación».

La sentencia de instancia obvia este examen, y la de suplicación valida tal análisis por razones procesales. No es eludible, sin embargo, la reflexión acerca de las consecuencias atribuibles a la falta de prueba del incumplimiento, en virtud de la solidez del indicio descrito, pues, inadmitida, por ilícita, tal prueba en su vertiente sustantiva (causa del despido) y procesal (prueba del despido), y atendido el contexto en el que este se produce -«de conflicto abierto frente al mismo y de solidaria indignación entre las participantes (ante la reacción empresarial de intentar identificar la trabajadora promotora de la reivindicación)»-, decae la justificación de la decisión empresarial. Por tanto, primaría así la garantía de indemnidad, conduciendo a la nulidad del despido, si se aprecia que la tipología de reclamación resulta acreedora de tal protección (por valorarse como actos preparatorios, ex SSTC núm. 183/2015, de 10/9, y 55/2004, de 19/4) y que los fines reivindicativos del chat se tornaron en represivos al caer en manos del empresario de forma ilícita, no ya porque la decisión se haya adoptado «con vulneración de derechos fundamentales», tesis dominante antes de la STC núm. 61/2021, sino por el valor de los indicios (concepto analizado por la STC núm. 83/2015), y la correlativa ausencia de prueba sobre la objetividad y razonabilidad de la decisión empresarial, ex art. 181.2 LRJS, en doctrina constitucional («la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados ... desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido», ex STC 83/2015, y STC 104/2014, de 23/6).

2. Privacidad de las comunicaciones y grupos privados de mensajería instantánea

La STC núm. 66/2022, de 2/9, describe la intimidad personal garantizada por el art. 18.1 CE como un derecho «estrechamente vinculado con el respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), [que] implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana», y que «confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros (...) el *deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido*, y de ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal

otorga, cuando menos, una facultad negativa o de exclusión, que *impone a terceros el deber de abstención de intromisiones*, salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, *pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno*». La STC núm. 119/2022, de 29/9, recuerda «la necesidad de que las resoluciones judiciales ... preserven 'el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito ...de su libertad constitucional' (STC 6/1998, de 13/1)», y que el derecho a la intimidad se sujeta al juicio de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, mientras que el de protección de datos personales (entendidos en el sentido del art. 4.1 RGPD, como «toda información sobre una persona física identificada o identificable»), está sometido a otros matices, derivados de su regulación específica, cuyo contenido «consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero» (SSTC núms. 39/2016, de 3/3, y 292/2000, de 30/11). Se trata de un derecho que, en su contenido, incluye sus posibles usos (STEDH de 17/10/2019, asunto López Ribalda y otros c. España), como serían los disciplinarios (uso posterior de los datos captados). Los datos que en este caso se captaron (aunque, desde la óptica empresarial, pudieran considerarse «hallazgo casual») afectan a la identidad de las usuarias del chat (aunque algunas de ellas actuaran bajo seudónimo), sus números de teléfono..., pero incluso su ideología y opiniones -sobre el empresario- y formas de expresión, tanto en mensajes de texto como de voz (estos últimos, ineficaces en recurso, por carecer de carácter documental, STSJ Andalucía, Granada núm. 1359/2022, de 8/9), por lo que no solo sus datos personales, sino también algunos aspectos de su personalidad, fueron objeto de captación, en *un sistema de mensajería que, debe recordarse, afirma garantizar la intimidad de sus usuarios con un cifrado de extremo a extremo, y que genera una confianza legítima en que no existirá acceso externo a sus contenidos*, amparada por la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas 2002/58/CE (art. 6). Gracias a ellos podemos conocer sus prejuicios sociales de distinto orden (obesidad, alopecia, homofobia...). El conocimiento de estos rasgos de la personalidad plasmados en sus conversaciones constituye parte de la motivación del despido, al manifestarse en la persona del propio empleador, considerando que, con toda probabilidad, *las trabajadoras no hubieran expresado tales opiniones, vejatorias, sí, de haber sabido que llegarían a conocimiento de aquel, dado el anonimato de la reclamación e incluso su actuación bajo seudónimo en el chat*. Cabe sostener, asimismo, la irrelevancia del origen de la captación, promovida por el empresario o facilitada por un tercero, en tanto esta se produjo *sin autorización y sin que las demandantes pudieran oponerse al uso que acabó dándose a tales contenidos* (STC núm. 119/2022), salvo que conste la proporcionalidad de la medida adoptada (STC núm. 39/2016), cuando no se hayan cumplido los principios de información y consentimiento. En sentido opuesto, la STSJ C. Valenciana rechaza esta tesis respecto de manifestaciones estáticas contenidas en el perfil de la misma aplicación (WhatsApp), a la que el empresario accede por mediación de un tercero (como acontece en este caso), incidiendo en la hipotética vulneración de la libertad de expresión, que, en la resolución comentada, no se aborda.

La resolución del TSJ balear centra su decisión en la invalidez de la prueba del despido disciplinario, motivada por la invasión del derecho a la privacidad, intimidad y protección de datos personales de las trabajadoras implicadas en un grupo de chat de mensajería instantánea. Resulta de interés, pues, su doctrina sobre el tratamiento de las conversaciones privadas a efectos de prueba, a las que anuda una nula eficacia, sin perjuicio del valor probatorio de la testifical de la trabajadora que reveló la información al empresario (STS, Sala de lo Penal, núm. 291/2021, de 7/4), cuestión en la que no se profundiza, pero que cabe sostener derivaría en la misma nulidad, por su origen ilícito.

La cuestión principal de la resolución comentada es, sin duda, es la privacidad de las comunicaciones en contextos laborales cuando estas tienen carácter personal o privado (como contrapunto a las expresiones compartidas en medios de acceso más

abierto, como redes sociales, v.gr. STSJ Aragón núm. 350/2016, de 18/5) y sus consecuencias, entre ellas, su función probatoria. Y los puntos de interés son varios:

- El derecho a constituir, en el ámbito privado y terminales personales, grupos de mensajería instantánea entre compañeros de trabajo, de naturaleza mixta (para el tratamiento de cuestiones laborales que inevitablemente acaban absorbiendo también las personales). El carácter laboral de los asuntos en él tratados deben igualmente permanecer en el estricto ámbito de la esfera privada, y, por ello, deben quedar amparados por el art. 18, apartados 2 y 3, CE, sin perjuicio del eventual carácter delictivo que las expresiones contenidas en el chat pudieran tener en el plano penal (cfr., STS, Sala de lo Militar, núm. 70/2021, de 14/7, o núm. 13/2023, de 20/2, en un caso en el que el objeto de los insultos era otro compañero de trabajo, apreciándose o descartándose, respectivamente, su naturaleza delictiva). No resulta, tampoco, relevante, a los efectos de tutela de la privacidad de sus contenidos, que la participación en dichos grupos se produzca en horario laboral o extralaboral (así sucede en el caso analizado: algunos mensajes habían sido redactados fuera de la jornada de trabajo, por lo que su acceso puede considerarse invasión de la vida extralaboral de las trabajadoras).
- El evidente riesgo asociado al uso de mensajería privada en el ámbito laboral, como es el caso de la creación de grupos de compañeros de trabajo, aun cuando su naturaleza sea privada, como en este supuesto, tanto por su ausente promoción empresarial como por su instalación en los dispositivos privados de las trabajadoras. Riesgos que pueden ir más allá del caso de autos, de convertirse en herramienta de acoso grupal, tanto por sus contenidos, como por la propia membresía o expulsión del grupo, o su utilización aplicada a lograr el aislamiento social de la víctima (v.gr., privándole de información de interés colectiva).
- La legítima expectativa de intimidad que conlleva el carácter privado de un grupo de chat entre compañeras de trabajo se expone a fugas críticas de privacidad como la analizada, por injerencia empresarial, en colaboración o no, con otros compañeros de trabajo. En este último caso, y al margen del plano penal, la responsabilidad por dicha quiebra podría diluirse si no se regula la conducta en cuestión en el capítulo disciplinario del convenio colectivo, pues la aplicación de la LOPD no ampararía ninguna reacción empresarial más allá de las obligaciones legales asumidas directamente por mandato de la citada norma y, por supuesto, su propia responsabilidad ex art. 70.2 LOPD, lo que podría amparar la reclamación de las trabajadoras que fueron objeto de la vulneración de su derecho a la privacidad de sus datos frente al empresario, en tanto este colaboró en la revelación de los mismos (cfr. SAP, sala penal, de Valencia núm. 372/2019, de 27/9, en la que se imputa responsabilidad penal a un club deportivo por no impedir el uso del dispositivo móvil en sus dependencias), o incluso frente al sindicato, si fue este el autor de la «fuga de información» (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28/4). Otro tanto cabe afirmar de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, merecedor de la tutela constitucional que las trabajadoras podrían haber recabado.
- La exposición de la intimidad, aunque no de los datos personales, si el teléfono en el que se instala la aplicación de mensajería instantánea fuere propiedad de la empresa, plantea el debate acerca del hipotético derecho empresarial a acceder a tales conversaciones más allá de las facultades previstas en el art. 87.2 LOPD, si se trata de un grupo de chat personal y no promovido por la empresa con fines de comunicación laboral, bajo la

premisa de la advertencia de su uso exclusivamente laboral y las reglas del art. 87.3 LOPD.

- El tratamiento no autorizado que se pueda dar a la información obtenida del servicio de mensajería instantánea por la empresa, que, en su vertiente de dato personal, quedaría cubierta por la LOPD y, por consiguiente, la prohibición no solo de cesión de datos (STSJ Galicia núm. 1158/2024, de 4/3), sino de tratamiento, automatizado o no, por aquella, para fines diversos, entre los que podría encontrarse, v.gr., la geolocalización, incluso, en casos como el analizado, para realizar ulteriores indagaciones sobre la autoría última de la reivindicación (v.gr., comprobando horas de conexión).
- El tratamiento autorizado de la información, predicable en este caso de la compañera que compartió el contenido de las conversaciones con el empleador, para fines distintos a los que motivaron tal autorización, no analizado en el supuesto de autos (pues se desconoce si autorizó el uso de la información compartida). Si bien la trabajadora en cuestión no solo cedió sus datos, sino también los de sus compañeras, y compartió los comentarios propios y ajenos, el solo examen de su situación particular también cabría ser calificado de tratamiento no autorizado, de constar una efectiva desviación del fin de la autorización.
- El uso indebido de datos y la privacidad anidados en un grupo de mensajería instantánea privado por parte de sus usuarios, al margen de posibles injerencias empresariales, constituye un riesgo de origen laboral en expansión, que no solo se erige en fuente de situaciones de conflicto e incluso calificables de acoso, en contextos laborales y extralaborales (pues el uso de la aplicación en el teléfono personal se presta a romper las barreras de la desconexión digital ex art. 88 LOPD), sino que cabe proyectar sobre entornos de trabajo de difícil control y prevención. La necesidad de limitar su potencial riesgo en el marco del trabajo permite plantear su prohibición o alternativa elección de métodos de comunicación laboral, o, también, su sometimiento a reglas pautadas de uso e, incluso, moderación de contenidos, cuando su génesis es empresarial, esto es, cuando se introduce su uso como canal de comunicación interno a efectos laborales. Sin embargo, el inevitable uso entre compañeros de trabajo se resiste, naturalmente, por su propia naturaleza privada, a disciplinas de control, y se halla expuesto a brechas de seguridad y a merced de conductas personales irresponsables como la analizada. Y ello aun cuando se limite por la empresa el empleo de los dispositivos inteligentes de carácter privado en horario de trabajo, ya que se presta a un uso divergente extramuros de tal marco horario (en el caso analizado, las trabajadoras intercambiaban mensajes a cualquier hora del día), más allá de consensuar protocolos de uso o códigos de conducta inscritos en el marco del convenio colectivo correspondiente, ex art. 91 LOPD, o de la planificación preventiva de la empresa (v.gr., acoso), comprometida con la debida garantía hacia la esfera de la intimidad y la privacidad de las comunicaciones.

X. Apunte final

La universalización de determinadas aplicaciones de comunicación diseñadas para su incorporación a teléfonos inteligentes está banalizando la importancia de la privacidad y de la intimidad personales, exponiendo a sus usuarios a incómodos reenvíos de conversaciones privadas y, en el entorno laboral, a que no solo se puedan convertir en una nueva herramienta para abonar el escarnio y la humillación de personas individuales, sino a injerencias inesperadas e ilegítimas de terceros, como los empleadores.

Por tal razón, y, con independencia de las herramientas preventivas que, de forma individual o colectiva, se promuevan, incluso en el seno de las empresas, para un uso responsable de tales aplicaciones y la información sensible que puedan contener, la resolución comentada contribuye a ensalzar la idea de que, más allá de la inidoneidad del empleo desviado de los contenidos de aplicaciones de mensajería instantánea entre particulares y su consiguiente invalidez para justificar un despido (bajo la premisa de la ausente autorización del tratamiento de esa información para fines distintos de la mera comunicación entre sus participantes), los sujetos particulares, en este caso trabajadores, no se hallan legitimados para exponer tales contenidos privados a terceros y, correlativamente, si estos terceros son empleadores, sus deberes de garantes, especialmente en la protección de datos personales, porque así lo dispone expresamente la normativa específica al respecto, no solo les impiden el acceso y ulterior uso de la información comprometida en el acto de cesión, sino que les obligan a protegerla y, en consecuencia, a negarse a recibirla y, por ende, a acceder a su contenido, así como, finalmente, a deducir consecuencia alguna de este. No resistirse a tal tentación, especialmente cuando se prometen contenidos de trascendencia para sus intereses, aun constituyendo una conducta inicialmente pasiva, deriva en una conducta activa (consistente en acceder efectivamente a la intimidad y privacidad de terceros, sin perjuicio de una ulterior agravación por anudarle consecuencias negativas), por ello merecedora de la pertinente responsabilidad por vulneración de derechos fundamentales. En el caso estudiado, las afectadas por tal violación de derechos bien podrían haber obtenido el pertinente resarcimiento a la exposición de la que fueron objeto (incluso al conocimiento general, al judicializar el asunto), trascendiendo sus conversaciones privadas, no muy diferentes de las que en entornos privados se producen cotidianamente en relación con críticas a superiores jerárquicos y empleadores. Por ello, debe destacarse la innegable contribución de esta resolución a la construcción de la imprescindible doctrina sobre la naturaleza y efectos de los grupos de mensajería (WhatsApp u otros) entre trabajadores de una misma empresa y la expectativa de conducta en estos medios por parte de ambas partes del contrato.

§ 61 Funcionarias interinas y su conversión en funcionarias fijas sin adquirir la condición de funcionarias de carrera. La temporalidad abusiva en el empleo público y su transformación judicial en fijeza como sanción, con el límite de la interpretación contra legem del Derecho español.

María Emilia Casas Baamonde

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

Resumen: La sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 13 de junio de 2024, C- 331/22 y C 332/22, KT, interpreta, la cláusula 5ª del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, anexo a la Directiva 1999/70/CE. Declara su compatibilidad con la regulación vigente del Estatuto Básico del Empleado Público, que establece plazos máximos para la provisión definitiva de plazas de funcionario interino, cuyo incumplimiento por las Administraciones públicas supone la utilización abusiva sucesiva de relaciones de empleo de duración determinada; la oposición de dicha cláusula 5ª a la regulación de los procesos de estabilización de empleo temporal del artículo 2 de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre; y concluye que, a falta de medidas internas para prevenir y, en su caso, sancionar efectivamente los abusos de temporalidad, la conversión de esas relaciones de empleo interinas en relaciones de empleo por tiempo indefinido puede constituir una medida adecuada conforme a la citada cláusula 5ª, siempre que esa conversión no implique una interpretación contra legem del Derecho español.

Palabras clave: Empleo público temporal. Funcionarias interinas. Temporalidad abusiva. Estabilización del empleo temporal. Directiva 1999/70/CE. Fijeza. Funcionarios de carrera. Procesos selectivos. Principios de igualdad, mérito y capacidad. Libre concurrencia.

Abstract: The judgment of the Court of Justice (Sixth Chamber) of 13 June 2024, C-331/22 and C-332/22, KT, interprets Clause 5 of the Framework Agreement on Fixed-Term Work, annexed to Directive 1999/70/EC. It declares its compatibility with the current regulations of the Basic Statute of Public Employees, which establishes maximum deadlines for the definitive provision of interim civil servant positions, the non-compliance of which by public administrations implies the successive abusive use of employment relationships of a fixed duration; the opposition of said clause 5 to the regulation of temporary employment stabilisation processes in article 2 of Act 20/2021, of 28 December; and concludes that, in the absence of internal measures to prevent and, where appropriate, effectively sanction abuses of temporality, the conversion of these interim employment relationships into employment relationships for an indefinite period may constitute an appropriate measure in accordance with the aforementioned clause 5, provided that such conversion does not imply an interpretation contrary to the Spanish law.

Keywords: *Temporary public employment. Interim civil servants. Abusive temporality. Stabilization of temporary employment. Directive 1999/70/EC. Permanent employment relationship. Career civil servants. Selection processes. Principles of equality, merit and ability. Free competition.*

I. Introducción

Vuelve el Tribunal de Justicia a interpretar la cláusula 5ª del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, de 18 de marzo de 1999, anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, ante al abuso de la temporalidad en el empleo público -aquí de régimen jurídico-administrativo- en España, y ante la falta de medidas efectivas de nuestro ordenamiento para prevenir y sancionar eficazmente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada en empleos vacantes de larga duración, que, consiguientemente, cubren necesidades permanentes de personal de la Administración pública empleadora. El interés de la sentencia es sobresaliente porque se pronuncia de nuevo sobre nuestro ordenamiento renovado para ejecutar la Directiva y reducir la excesiva temporalidad del empleo público, en concreto sobre la regulación del gran proceso de estabilización de empleo temporal por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, que sustituyó al RDL 14/2021, de 6 de julio, producto de la concertación social del Gobierno con las organizaciones sindicales CCOO, UGT y CSIF. Y porque el órgano jurisdiccional remitente pregunta sobre la solución jurídica diversa que propone, en que la fijeza del empleo de funcionario interino como si fuese funcionario de carrera, como sanción del abuso en la temporalidad sucesiva del empleo de funcionario interino, obtenido tras un proceso selectivo de pública concurrencia y con respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, y del incumplimiento del Derecho de la Unión, no conlleva la conversión de las funcionarias interinas afectadas en funcionarias de carrera; solución que no está contemplada por nuestro ordenamiento jurídico. La transformación en fijeza estaría contemplada, para los trabajadores en régimen jurídico-laboral, en el art. 15.5 del ET como sanción al encadenamiento contractual temporal, y en el artículo 87.5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, modificado por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2021, que establece la posibilidad de que los trabajadores privados de empresas y entidades sujetas a Derecho privado que se integren en el sector público desempeñar las mismas funciones que los funcionarios públicos, con la condición de “a extinguir”.

La sentencia resuelve las numerosas peticiones de decisión prejudicial del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 17 de Barcelona, en los dos asuntos acumulados por el Tribunal de Justicia, C-331/22, *KT y la Dirección General de la Función Pública, adscrita al Departamento de la Presidencia de la Generalidad de Cataluña*, y, C-332/22, *HM y VD y el Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña*, a propósito de la calificación de las relaciones de empleo de funcionarias interinas, sucesivas y de larga duración, que vincula a las interesadas con la Administración Pública catalana. Los dos procedimientos prejudiciales fueron planteados al TJ mediante autos de 12 de mayo de 2022^[1] y de 6 de mayo de 2022^[2], respectivamente recibidos en el Tribunal de Justicia el 17 de mayo de 2022 y el 19 de mayo de 2022, y acumulan un total 5 y 12 cuestiones prejudiciales, respectivamente.

La sentencia se inserta en una línea jurisprudencial del TJ de alto calado para nuestro ordenamiento del empleo público y continúa la zaga de la precedente de 22 de febrero de 2024, asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22, *MP y Consejería de la Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid, IP y Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*, e *IK y Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid*, sobre la contratación temporal en el sector público en régimen de Derecho del trabajo, en concreto de indefinidos no fijos. No obstante, esta nueva sentencia está libre de los errores transmitidos en aquel caso al Tribunal de Justicia en el planteamiento de las cuestiones de prejudicialidad por el órgano judicial

proponente -la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid- y, en consecuencia, rebaja el tono de aquélla en la llamada a los órganos jurisdiccionales remitentes a la modificación e inaplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aquí de la Sala de lo contencioso-administrativo (sentencias 1425/2018 y 1426/2018, de 26 de septiembre de 2018, 1401/2021, de 30 de noviembre de 2021 y 1534/2021, de 20 de diciembre^[3]) y allí de la Sala de lo Social. Ciertamente, esta nueva sentencia no ha causado el revuelo de aquélla, que lo tuvo por afectar a la abultadísima categoría jurisprudencial de los trabajadores indefinidos no fijos, por atribuir a la jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo un inexistente apartamiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del principio de igualdad en el acceso y mantenimiento de las relaciones de trabajo privadas en el sector público (ex art. 14, no ex art. 23 CE), así como de los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE), que rigen en el acceso a cualquier modalidad de empleo público, y por la serie de interrogantes que dejaba planteada.

Como en el caso de la sentencia de 22 de febrero de 2024, C-59/22, C-110/22 y C-159/22, *MP*, esta sentencia se ha dictado por la Sala Sexta del Tribunal de Justicia, compuesta por los tres mismos jueces, el Sr. P. G. Xuereb, en funciones de Presidente de Sala, siendo su ponente el mismo juez: el Sr. A. Kumin, y la Sra. I. Ziemele. En ambas sentencias, el Tribunal decidió, oído el Abogado General, en esta sentencia el Sr. N. Emiliou, que el asunto fuera juzgado sin conclusiones.

Los cambios habidos en la composición ampliada del Tribunal de Justicia y en sus métodos de trabajo por el incremento de las cuestiones prejudiciales y por la asunción de su nuevo papel de Tribunal de derechos fundamentales tras la entrada en vigor de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión han conducido a la reforma del Estatuto del TJUE, a un reparto de la competencia de conocimiento prejudicial entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal General, y a una cierta especialización y reducción de la composición de las Salas del TJ. En el análisis crítico de la reforma y de la práctica reciente del TJ efectuado por R. ALONSO GARCÍA, en 2023, según sus datos, “de la totalidad de asuntos resueltos por el TJ, el 5,12 % lo fueron por Gran Sala, el 41,25 % por Salas de 5 jueces, y el 52,63 % por Salas de 3 (en un contexto en el que casi el 68 % de los asuntos resueltos por el TJ fueron cuestiones prejudiciales)”, lo que no se compadece con la importancia de los asuntos tratados. A ello se une el protagonismo perdido por el/la Abogado General, figura clave de la jurisdicción europea, “cuyas estadísticas más recientes son igualmente llamativas y contundentes, a la vez que alarmantes (casi la mitad de las sentencias dictadas en 2023, lo fueron sin Conclusiones de AG)”^[4].

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 13 de junio de 2024 (asuntos acumulados C-331/22 y C-332/22).

Tipo y número recurso o procedimiento: procedimiento prejudicial.

ECLI: EU:C:2024:496

Fuente: InfoCuria.

Ponente: Sr. A. Kumin

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Los litigios principales han surgido por causa del nombramiento de las demandantes como funcionarias interinas por la Administración pública catalana desde 2005, 1984 y 1991 respectivamente, nombramientos a los que sucedieron otros que

han prolongado la condición de funcionarias interinas de las demandantes y su ejercicio, bajo esa cobertura temporal abusiva de sus plazas vacantes, de las mismas funciones ordinarias, regulares y permanentes desempeñadas por funcionarios de carrera en situación comparable. Los últimos nombramientos interinos de las demandantes datan de 2015, de hace más de 8 años y de más de 9 años, también respectivamente.

1. Hechos de los litigios principales

1.1 Asunto C-331/22

La demandante, funcionaria interina de una plaza de técnico superior de administración de la Generalidad de Cataluña desde el 5 de mayo de 2005, encadenando diversos nombramientos temporales, fue nombrada tras un proceso selectivo convocado con observancia de los principios de mérito, capacidad e igualdad consagrados en el artículo 103, apartado 3, de la Constitución. Con posterioridad a la incoación del procedimiento principal, la Generalidad de Cataluña, demandada, convocó un proceso selectivo abierto de pública concurrencia para cubrir, entre otras, la plaza de la demandante, que solicitó que se acordara cautelarmente la exclusión de dicha plaza del referido proceso selectivo, medida a la que accedió el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 17 de Barcelona, el juzgado cuestionante.

1.2 Asunto C-332/22

La demandante, HM, es funcionaria interina de la Administración de Justicia en Cataluña desde el 14 de diciembre de 1984, con una antigüedad de más de 37 años en esa Administración, en la que se sucedieron diferentes nombramientos y contratos. Desde hace más de ocho años ocupa el puesto vacante de tramitadora procesal y administrativa en el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Vilanova i la Geltrú (Barcelona). La otra demandante, VD, es también funcionaria interina de la Administración de Justicia en Cataluña desde el 15 de mayo de 1991, con sucesivos nombramientos en distintos órganos judiciales de Barcelona hasta el 20 de junio de 2012, en que fue nombrada funcionaria interina del Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa en el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona, puesto vacante en el que lleva más de nueve años. Habiendo demandado al Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña por la utilización abusiva de sus empleos de funcionarias interinas, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 17 de Barcelona es de nuevo el Juzgado que plantea el procedimiento prejudicial al Tribunal de Justicia.

2. Antecedentes

2.1 Asunto C-331/22

El Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 17 de Barcelona, ante sus dudas sobre la conformidad de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, con la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, anexo a la Directiva 1999/70, planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) La Ley 20/2021 prevé como única medida sancionadora la convocatoria de procesos selectivos junto con una indemnización a favor solo de las víctimas del abuso [de temporalidad] que no superen dichos procesos selectivos. ¿Infringe dicha ley la cláusula quinta del [Acuerdo Marco] al dejar de sancionar los abusos producidos respecto de los empleados públicos temporales que hayan superado dichos procesos selectivos, cuando la sanción es siempre indispensable y la superación de dicho proceso selectivo no es una medida sancionadora que cumpla con los requisitos de la Directiva [1999/70], como dispone el TJUE en su Auto de 2 de junio de 2021, caso C-103/2019?

2) Si la respuesta a la anterior pregunta es positiva, y la Ley 20/2021 no prevé otras medidas efectivas de sanción de la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos o de prolongación abusiva de un contrato temporal, ¿la

omisión legislativa de no contemplar una conversión en contrato indefinido de una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada o de prolongación abusiva de un contrato temporal infringe la cláusula 5 del [Acuerdo Marco], como dispone el TJUE en su Auto de [30] de septiembre de 2020, caso [C-135/20]?

3) El Tribunal Supremo ha dictaminado en sus SSTS núm. 1425/2018 y 1426/2018, de 26 de septiembre de 2018, la doctrina jurisprudencial, ratificada por medio de la SSTS núm. 1534/2021, de 20 de diciembre, que la medida que hay que adoptar ante una situación de abuso de temporalidad puede consistir simplemente en el hecho de mantener al empleado público víctima de un abuso en el régimen de precariedad en el empleo hasta que la Administración empleadora determina si existe una necesidad estructural y convoque los correspondientes procesos selectivos —donde pueden concurrir candidatos que no han sufrido dicho abuso de temporalidad— para cubrir la plaza con empleados públicos fijo o de carrera. ¿Infringe dicha doctrina jurisprudencial la cláusula quinta del [Acuerdo Marco] cuando la convocatoria de un proceso selectivo abierto y la superación de dicho proceso selectivo no es una medida sancionadora que cumpla con los requisitos de la Directiva [1999/70], como dispone el TJUE en su Auto de 2 de junio de 2021, caso C-103/19?

4) Si la respuesta a la anterior pregunta es positiva, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo no prevé otras medidas efectivas de sanción de la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos o de prolongación abusiva de un contrato temporal, ¿la omisión jurisprudencial de no contemplar una conversión en contrato indefinido de una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada o de prolongación abusiva de un contrato temporal infringe la cláusula 5 del Acuerdo Marco de la Directiva [1999/70], como dispone el TJUE en su Auto de [30] de septiembre de 2020, caso [C-135/20]?

5) Si la legislación aprobada para trasponer la cláusula 5 del [Acuerdo Marco] infringe el derecho comunitario al no establecer ninguna medida sancionadora específica que garantice el cumplimiento de los objetivos de esa Norma comunitaria y poner fin a la precarización de los empleados públicos[.]ante dicha situación, ¿debe proceder a acordarse por parte de las autoridades judiciales nacionales la conversión de la relación temporal de carácter abusivo en una relación fija diferente a la del funcionario de carrera, pero dotando de estabilidad en el empleo a la víctima del abuso para evitar que dicho abuso quede sin sanción y que se socaven los objetivos de la cláusula 5 del Acuerdo [Marco], aunque esta transformación no esté prevista en la Normativa interna siempre que dicha relación temporal haya ido precedida de un proceso selectivo de pública concurrencia y con respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad?»

2.2 Asunto C-332/22

El Juzgado de lo Contencioso-administrativo n. 17 de Barcelona elevó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) Si las medidas acordadas en sus SSTS n. 1425/2018 y 1426/2018, de 26 de septiembre de 2018, cuyo criterio se mantiene hasta el día de hoy (30 de noviembre de 2021) —consistentes en mantener al empleado público víctima de un abuso en el mismo régimen de precariedad abusiva en el empleo hasta que la Administración empleadora determine si existe una necesidad estructural y convoque los correspondientes procesos selectivos para cubrir la plaza con empleados públicos fijos o de carrera—, son medidas que cumplen con los requisitos sancionadores de la cláusula 5 del [Acuerdo Marco]. O si, por el contrario, estas medidas dan lugar a la perpetuación de la precariedad y de [la] desprotección hasta que la Administración empleadora aleatoriamente decida convocar un proceso selectivo para cubrir su plaza con un empleado fijo, cuyo resultado es incierto, pues estos procesos también están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso, son medidas que no pueden ser concebidas como medidas sancionadoras disuasorias a los efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, ni que garantizan el cumplimiento de sus objetivos.

2) Cuando un órgano jurisdiccional nacional, en cumplimiento de su obligación de sancionar, en todo caso, el abuso constatado (la sanción es “indispensable e “inmediata”), llega a la conclusión de que el principio de interpretación conforme no permite garantizar el efecto útil de la Directiva [1999/70] sin incurrir en una interpretación “contra legem” del Derecho interno, precisamente porque el ordenamiento interno del Estado miembro no ha incorporado ninguna medida sancionadora para aplicar la cláusula 5 del Acuerdo Marco en el sector público, ¿debe aplicar las consideraciones de la Sentencia Egenberger, de 17 de abril de 2018, o de la Sentencia (de la Gran Sala), de 15 de abril de 2008, n.º C-268/2006, de forma que los arts. 21 y 47 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, “Carta”)] permitirían una exclusión de las disposiciones del Derecho interno que impidan garantizar la plena efectividad de la Directiva [1999/70], aun cuando tengan rango constitucional?

¿En consecuencia, debe procederse a la conversión de la relación temporal de carácter abusivo en una relación fija, idéntica o equiparable a la de los funcionarios fijos comparables, dotando de estabilidad en el empleo a la víctima del abuso, para evitar que este abuso quede sin sanción y que se socaven los objetivos y el efecto útil de dicha cláusula 5 del Acuerdo [Marco], aunque esa transformación esté prohibida por la normativa interna, doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o pudiera ser contraria a la [Constitución]?

3) Si habiendo dictaminado el TJUE en sus sentencias de 25/10/2018, C-331/17, y de 13/1/2022, C-[282]/19, que la cláusula 5 del Acuerdo Marco se opone a una normativa nacional que excluye a determinados empleados públicos de la aplicación de las normas que sancionan la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, si no existe ninguna otra medida efectiva en el ordenamiento jurídico interno que sancione dicha medida abusiva, y no existiendo en la Legislación española ninguna medida para sancionar el abuso en el sector público aplicable al personal temporal recurrente, si la aplicación de esta doctrina del TJUE y del principio comunitario de equivalencia obliga a transformar a los empleados públicos temporales víctimas de un abuso en empleados públicos fijos o de carrera, sujetándolos a las mismas causas de cese y extinción de la relación de empleo que rigen para estos últimos, en tanto que en el sector privado, el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores obliga a transformar en fijos a los trabajadores temporales que llevan más de 24 meses, en un período de 30, de servicios continuados con el mismo empresario, y en cuanto el art. 8[7.5] de la [Ley 40/2015], aplicando el derecho nacional, permite que los trabajadores privados de empresas y entidades que pasen al sector público puedan desempeñar las mismas funciones que los funcionarios de carrera con la condición a extinguir y, por tanto, sujetándolos a las mismas causas de cese que a estos últimos.

4) Teniendo en cuenta que las condiciones relacionadas con la extinción de la relación de empleo y los requisitos de finalización de un contrato de trabajo forman parte de las “condiciones de trabajo” incluidas en la cláusula 4 del Acuerdo Marco, según las SSTJUE del 13/3/2014, asunto C-38/13, caso Nierodzik, apartados 27 y 29; y de 14/9/2016 asunto [C-596/14], caso Ana de Diego Porras, apartados 30 y 31, en caso de que la respuesta a la cuestión anterior sea negativa, se interesa que, por el TJUE, se determine si la estabilización del personal público temporal víctima de un abuso, aplicándole las mismas causas de cese y de despido que rigen para los funcionarios de carrera o empleados fijos comparables, sin adquirir esta condición, es una medida de obligado cumplimiento por las autoridades nacionales en aplicación de las cláusulas 4 y 5 del [Acuerdo Marco] y del principio de interpretación conforme, toda vez que la legislación nacional solo prohíbe adquirir la condición de empleados fijos o de carrera a quienes no cumplen determinados requisitos, y la estabilización de este personal en los términos indicados no conlleva la adquisición de esta condición.

5) En tanto que el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores establece un plazo máximo de duración de los contratos temporales de dos años, entendiendo que, vencido este plazo, la necesidad cubierta ya no es provisional, ni excepcional, sino

ordinaria y estable, obligando en el sector privado a los empresarios a transformar la relación temporal en una relación indefinida, y en tanto que el art. 10 del EBEP, en el sector público, obliga a incluir las plazas vacantes servidas por personal interino/temporal en la Oferta Pública de Empleo del año de nombramiento y, si no fuera posible, esto es en el plazo máximo de 2 años, en la del año siguiente, al objeto de que la plaza se provea por un funcionario fijo o de carrera, si debe concluirse que el abuso en la contratación temporal sucesiva en el sector público se produce desde el momento en el que la Administración empleadora no provee la plaza servida por un empleado público temporal con un empleado fijo o de carrera en los plazos que establece la normativa nacional, esto es, mediante su inclusión de la misma en una Oferta Pública de Empleo en el plazo máximo de dos años a contar desde el nombramiento del empleado interino/temporal, con obligación de cesarle mediante la ejecución de esa Oferta Pública de Empleo en el plazo máximo de tres años que establece el art. 70 del EBEP.

6) Si la [Ley 20/2021] vulnera los principios comunitarios de legalidad e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras recogidos, entre otros, en el art. 49 de la [Carta], pues prevé, como sanción al abuso en la temporalidad, procesos selectivos que se aplican aunque las acciones u omisiones constitutivas de la infracción —y por tanto del abuso— y su denuncia se produjeron y consumaron con anterioridad —años antes— a la promulgación de [la] Ley 20/2021.

7) Si la Ley 20/2021, al prever como medida sancionadora la convocatoria de procesos selectivos, y una indemnización solo a favor de las víctimas de un abuso que no superen dicho proceso selectivo, infringe la cláusula 5 del Acuerdo Marco y la Directiva [1999/70], pues deja sin sancionar los abusos producidos respecto de los empleados públicos temporales que hayan superado dicho proceso selectivo, cuando lo cierto es que la sanción es siempre indispensable y la superación de dicho proceso selectivo no es una medida sancionadora que cumpla con los requisitos del Directiva, como dice el TJUE en su Auto de 2 de junio de 2021, caso C-103/19. O lo que es lo mismo, si la Ley 20/2021, al limitar el reconocimiento de la indemnización al personal víctima de abuso que no supere el proceso selectivo, excluyendo de dicho derecho a los empleados que han sido objeto de abuso y que han obtenido la condición de personal fijo posteriormente, a través de tales procesos selectivos; infringe la Directiva [1999/70] y, en particular, lo dispuesto por el ATJUE de 2 de junio de 2021, apartado 45, de acuerdo con el cual, si bien la organización de procesos selectivos abiertos a los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada permite a estos últimos aspirar a obtener un puesto permanente y estable y, por tanto, el acceso a la condición de personal público fijo, ello no exime a Estados miembros de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada.

8) Si la Ley 20/2021, al establecer que los procesos selectivos encaminados a reducir la temporalidad en el sector público deben celebrarse en el plazo de tres años, hasta el 31 de diciembre de 2024, y al fijar como sanción una indemnización a percibir en el momento del cese o despido de la víctima de abuso, vulnera la cláusula 5 del Acuerdo Marco, a la luz del Auto de TJUE de 9 de febrero de 2017, C-44[3]/16 o de las SSTJUE de 14 de diciembre de 2016, C-16/15, o del 21 de noviembre de 2018, C-619/17, pues lo que hace es perpetuar o prolongar al empleado víctima de un abuso en esa situación de abuso, de desprotección y de precariedad en el empleo, socavando el efecto útil de la Directiva 1999/70 hasta que finalmente dicho trabajador sea despedido y pueda percibir la compensación indicada.

9) Si [la] Ley 20/2021 vulnera el principio de equivalencia, pues confiere derechos en aplicación de la Directiva [1999/70] que son inferiores a los que resultan del derecho interno, ya que:

– La Ley 11/2020, de Presupuestos Generales del Estado para 2021, al modificar el art. 87.[5] de la [Ley 40/2015], aplicando el derecho interno, permite que los trabajadores privados de empresas privadas que pasan al sector público puedan

desempeñar las mismas funciones que los funcionarios de carrera quedando sujetos a las mismas causas de cese, aunque no hayan superado un proceso selectivo, con la condición a extinguir, mientras que la Ley 20/2021, aplicando el Derecho de la UE, no permite [que] los trabajadores públicos que han sido seleccionados con arreglo a procesos selectivos sujetos a principios de igualdad, publicidad y libre concurrencia continúen desempeñando las mismas funciones que los funcionarios de carrera, quedando sujetos a las mismas causas de cese.

- El art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, en su redacción dada por [el 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 (BOE n.º 75, de 29 de marzo de 1995, p. 9654)], esto es, antes de la promulgación de la Directiva 1999/70, permite —en aplicación del derecho interno— la transformación en fijos de los trabajadores privados que lleven más de 2 años trabajando para el mismo empresario, mientras que, aplicando la Directiva, a los trabajadores públicos víctimas de un abuso solo se les indemniza con 20 días por año de servicio con un límite de 12 mensualidades, estándoles vedada la conversión.

– Los art. 32 y ss. de la [Ley 40/2015], que consagran el principio de reparación integral, que obliga a las Administraciones a compensar todos los daños y perjuicios causados a las víctimas de su actuación, y sin embargo, aplicando el derecho comunitario, la indemnización a favor de las víctimas de un abuso está limitada a apriorísticamente, tanto en su cuantía —20 días por año de servicio— como en el tiempo —12 mensualidades—.

10) Si la Ley 20/2021, al establecer como única medida sancionadora real una indemnización de 20 días por año de servicio a favor de las víctimas de un abuso que no hayan superado el proceso selectivo vulnera la doctrina sentada por el TJUE en su sentencia [de] 7 de marzo de 2018, asunto Santoro, según la cual en el sector público, para dar cumplimiento de la Directiva [1999/70], no basta con una indemnización, sino que esta debe de ir acompañada de otras medidas sancionadoras adicionales, efectivas, proporcionadas y disuasorias.

11) Si la Ley 20/2021, al fijar las indemnizaciones [en] favor de las víctimas que no superen un proceso selectivo en 20 días por año de servicio, con un límite de 12 mensualidades, vulnera los principios comunitarios de compensación adecuada e íntegra y de proporcionalidad, al excluir el lucro cesante, y otros conceptos indemnizatorios o compensatorios, como son, por ejemplo, los derivados de la pérdida de oportunidades (concepto que utiliza la STJUE Santoro); de la imposibilidad de adquirir la condición de fijos al no convocarse procesos selectivos en los plazos fijados por la normativa interna o no poder promocionarse, ni ascender; de daños morales derivados de la falta de protección que deriva [de] toda situación de precariedad en el empleo; de un cese de la víctima de un abuso, en condiciones de edad y de sexo (por ejemplo, mujeres mayores de 50 años) en los que no existe un mercado de trabajo alternativo; o de la minoración de las pensiones de jubilación.

12) Si la Ley 20/2021, al establecer una indemnización topada de 20 días por año de servicio y 12 mensualidades, vulnera la normativa comunitaria, a la luz de [las] STJUE de 2 de agosto de 1993, C-271/91, caso Marshall, y de 17 de diciembre de 2015, C-407/14, caso Arjona, según las cuales el Derecho de la Unión se opone a que la reparación del perjuicio sufrido por una persona a causa de un despido esté limitada por un tope máximo fijado *a priori*.

IV. Posición de las partes

1. Asunto C-331/22

La demandante en el litigio principal alegó haber sido objeto de la utilización abusiva de sucesivos nombramientos temporales de funcionaria interina de una plaza vacante desde su incorporación, no incluida en ninguna oferta pública de empleo.

Solicitó que se le reconociera la condición de personal indefinido no fijo o, subsidiariamente, que se adoptase por la Administración demandada alguna medida de mantenimiento de su puesto de trabajo.

La Generalidad de Cataluña demandada negó la existencia de una situación de abuso, adujo la imposibilidad de conversión del vínculo temporal de funcionaria interino en un vínculo fijo conforme la doctrina jurisprudencial constante del Tribunal Supremo, y argumentó que, en todo caso, la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, permitía regularizar la situación de los funcionarios interinos.

2. Asunto C-332/22

Las demandantes en el litigio principal denuncian asimismo la utilización abusiva por la Administración pública demandada de sucesivas relaciones de empleo temporales, incompatible con la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, pues durante sus largos años de trabajo han desempeñado las mismas funciones que los funcionarios de carrera en una situación comparable, atendiendo necesidades que no son provisionales, urgentes ni excepcionales, sino ordinarias, estables y permanentes de la Administración pública catalana. Al no existir, en su opinión, en la legislación española ninguna medida en el sector público para sancionar tal abuso, solicitaron la transformación de su relación temporal en una relación fija, bien mediante la adquisición de la condición de funcionario de carrera, bien, subsidiariamente, mediante la conversión de sus relaciones temporales abusivas en relaciones fijas equiparables a la de los funcionarios de carrera. Con carácter subsidiario de segundo grado, piden el reconocimiento de su derecho a permanecer en los puestos que actualmente desempeñan como titulares de los mismos, y que se les abone la cantidad de 18.000 euros, o la que proceda, como sanción por el abuso sufrido en la temporalidad de su empleo.

La Administración pública catalana demandada opuso la inexistencia de abuso, dado que prácticamente cada año había habido convocatorias de acceso a las plazas ocupadas por las demandantes, razonando, además, que la Ley 20/2021 permitía regularizar la situación de las demandantes.

3. En ambos asuntos

El Gobierno español y los departamentos de la Administración de la Generalidad de Cataluña demandados sostuvieron la falta de competencia del Tribunal de Justicia para responder a las peticiones de decisión prejudicial. Para el Gobierno, dichas peticiones del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n. 17 de Barcelona, sustentadas en la conformidad de las medidas sancionadoras de la Ley 20/2021 con el Acuerdo Marco, solicitaban del Tribunal de Justicia una opinión consultiva generalizada sobre la figura del funcionario interino en el Derecho español. Las demandadas y el Gobierno español alegaron también que las peticiones de decisión prejudicial, al recaer sobre medidas de la Ley 20/2021 o que se deducen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, excedían del objeto de los litigios principales, planteando un problema de naturaleza meramente hipotética. Por lo demás, los pedimentos de fijeza de las demandas de los litigios principales no se basaban ni en esas medidas legales, ni en la jurisprudencia del TS, por lo que las cuestiones sobre las mismas no eran pertinentes.

V. Normativa aplicable al caso

1. Derecho de la Unión

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: Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, anexo a la Directiva 1999/70/CE:

Cláusula 5. “Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva”

“1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;

b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;

c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte [...] necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

a) se considerarán “sucesivos”;

b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.”

2. *Derecho español*

Constitución

“Artículo 23

[...]

2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

“Artículo 103

[...]

“3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (texto refundido de 2015, modificado por el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, y la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de igual denominación, de aplicación a los abusos derivados de las sucesivas interinidades).

“Artículo 10. Funcionarios interinos”

“1. Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales con carácter temporal para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

a) La existencia de plazas vacantes, cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera, por un máximo de tres años, en los términos previstos en el apartado 4.

b) La sustitución transitoria de los titulares, durante el tiempo estrictamente necesario.

c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.

d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de nueve meses, dentro de un periodo de dieciocho meses.

2. Los procedimientos de selección del personal funcionario interino serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y celeridad, y tendrán por finalidad la cobertura inmediata del puesto. El nombramiento derivado de estos procedimientos de selección en ningún caso dará lugar al reconocimiento de la condición de funcionario de carrera.

3. En todo caso, la Administración formalizará de oficio la finalización de la relación de interinidad por cualquiera de las siguientes causas, además de por las previstas en el artículo 63, sin derecho a compensación alguna:

a) Por la cobertura reglada del puesto por personal funcionario de carrera a través de cualquiera de los procedimientos legalmente establecidos.

b) Por razones organizativas que den lugar a la supresión o a la amortización de los puestos asignados.

c) Por la finalización del plazo autorizado expresamente recogido en su nombramiento.

d) Por la finalización de la causa que dio lugar a su nombramiento.

4. En el supuesto previsto en el apartado 1.a), las plazas vacantes desempeñadas por personal funcionario interino deberán ser objeto de cobertura mediante cualquiera de los mecanismos de provisión o movilidad previstos en la normativa de cada Administración Pública.

No obstante, transcurridos tres años desde el nombramiento del personal funcionario interino se producirá el fin de la relación de interinidad, y la vacante solo podrá ser ocupada por personal funcionario de carrera, salvo que el correspondiente proceso selectivo quede desierto, en cuyo caso se podrá efectuar otro nombramiento de personal funcionario interino.

Excepcionalmente, el personal funcionario interino podrá permanecer en la plaza que ocupe temporalmente, siempre que se haya publicado la correspondiente convocatoria dentro del plazo de los tres años, a contar desde la fecha del nombramiento del funcionario interino y sea resuelta conforme a los plazos establecidos en el artículo 70 del TREBEP. En este supuesto podrá permanecer hasta la resolución de la convocatoria, sin que su cese dé lugar a compensación económica.

5. Al personal funcionario interino le será aplicable el régimen general del personal funcionario de carrera en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición temporal y al carácter extraordinario y urgente de su nombramiento, salvo aquellos derechos inherentes a la condición de funcionario de carrera”.

Artículo 70. “Oferta de empleo”

“1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años”.

[...]

Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público

“Artículo 2. Procesos de estabilización de empleo temporal”.

“1. Adicionalmente a lo establecido en los artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, se autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas y estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020.

Sin perjuicio de lo que establece la disposición transitoria primera, las plazas afectadas por los procesos de estabilización previstos en los artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, serán incluidas dentro del proceso de estabilización descrito en el párrafo anterior, siempre que hubieran estado incluidas en las correspondientes ofertas de empleo público de estabilización y llegada la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, no hubieran sido convocadas, o habiendo sido convocadas y resueltas, hayan quedado sin cubrir.

2. Las ofertas de empleo que articulen los procesos de estabilización contemplados en el apartado 1, así como el nuevo proceso de estabilización, deberán aprobarse y publicarse en los respectivos diarios oficiales antes del 1 de junio de 2022 y serán coordinados por las Administraciones Públicas competentes.

La publicación de las convocatorias de los procesos selectivos para la cobertura de las plazas incluidas en las ofertas de empleo público deberá producirse antes del 31 de diciembre de 2022.

La resolución de estos procesos selectivos deberá finalizar antes del 31 de diciembre de 2024.

3. La tasa de cobertura temporal deberá situarse por debajo del ocho por ciento de las plazas estructurales.

4. La articulación de estos procesos selectivos que, en todo caso, garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, podrá ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración General del Estado, comunidades autónomas y entidades locales, pudiendo articularse medidas que posibiliten una coordinación entre las diferentes Administraciones Públicas en el desarrollo de los mismos en el seno de la Comisión de Coordinación del Empleo Público.

Sin perjuicio de lo establecido en su caso en la normativa propia de función pública de cada Administración o la normativa específica, el sistema de selección será el de concurso-oposición, con una valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en la fase de oposición, en el marco de la negociación colectiva establecida en el artículo 37.1 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

En el supuesto de que en la normativa específica sectorial o de cada Administración así se hubiera previsto, los mecanismos de movilidad o de promoción interna previos de cobertura de plazas serán compatibles con los procesos de estabilización.

5. De la resolución de estos procesos no podrá derivarse, en ningún caso, incremento de gasto ni de efectivos, debiendo ofertarse en estos procesos, necesariamente, plazas de naturaleza estructural que se encuentren desempeñadas por personal con vinculación temporal.

6. Corresponderá una compensación económica, equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades, para el personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización.

En el caso del personal laboral temporal, dicha compensación consistirá en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades.

La no participación del candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica en ningún caso.

7. Con el fin de permitir el seguimiento de la oferta, las Administraciones Públicas deberán certificar al Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, el número de plazas estructurales ocupadas de forma temporal existente en cada uno de los ámbitos afectados”.

VI. Doctrina básica

1. Sobre la competencia del Tribunal de Justicia para emitir un pronunciamiento prejudicial; y sobre la inadmisibilidad de una cuestión prejudicial

Recuerda el Tribunal de Justicia su doctrina sobre su competencia para la interpretación del Derecho de la Unión, la presunción de pertinencia de las cuestiones relativas a dicho Derecho y la excepcionalidad de las causas de abstención de su obligación de pronunciarse (las siguientes: evidencia de que la interpretación solicitada de una norma de la Unión no guarda relación alguna ni con la realidad ni con el objeto del litigio principal, naturaleza hipotética de la cuestión, o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para dar una respuesta útil a las cuestiones que se le hayan planteado).

En los presentes asuntos, acumulados, no era evidente que la interpretación de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, solicitada por el juzgado remitente, no guardase relación alguna con la realidad ni con el objeto de los litigios principales, ni que las cuestiones relativas a las medidas nacionales que podrían sancionar la utilización abusiva de las relaciones de empleo de duración determinada conforme a las exigencias de la Directiva 1999/70 planteasen un problema de naturaleza hipotética. La respuesta del TJ sobre la interpretación del Derecho de la Unión era útil para que el Juzgado cuestionante resolviese sobre la compatibilidad del Derecho español con aquel Derecho. Únicamente la sexta cuestión prejudicial planteada en el asunto C-332/22 era ajena a la realidad y al objeto del litigio principal al preguntar sobre los principios de legalidad e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras respecto de las carentes de esa naturaleza de la Ley 20/2021, que, como reconocía el juzgado remitente, establece medidas urgentes para reducir la temporalidad en el sector público, a cuyo fin obliga a las Administraciones públicas a convocar procesos selectivos con determinadas condiciones o a abonar una compensación a las personas empleadas de manera sucesiva en régimen de temporalidad.

El Tribunal de Justicia declara inadmisibles la sexta cuestión prejudicial en el asunto C-332/22, y admisibles todas las demás, y, consecuentemente, su propia competencia.

2. Sobre la 5ª cuestión prejudicial en el asunto C-332/22; abuso en la utilización sucesiva de relaciones laborales temporales (empleo de funcionarias interinas) por el incumplimiento por las Administraciones públicas de su plazo máximo legal de duración y para la cobertura definitiva de las plazas interinadas

El Juzgado remitente plantea, sobre el abuso en la utilización sucesiva de relaciones de empleo de duración determinada en el sector público, si la cláusula 5ª del Acuerdo Marco se opone a la regulación del texto refundido de la Ley del EBEP, conforme a la cual cabe considerar que ese abuso se produce desde el momento en que la Administración empleadora no cumple los plazos legalmente fijados para proveer la plaza con personal fijo o funcional de carrera -máximo de “2 años” (sic, apdo. 61) desde el nombramiento del empleado interino/temporal para incluir su plaza en una Oferta Pública de Empleo y de 3 años para su cese mediante la ejecución de dicha Oferta Pública de Empleo: arts. 10.4 y 70 del EBEP- al entenderse que, vencidos esos plazos, los sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada cubren necesidades de esa Administración que no son provisionales, sino permanentes y estables.

El TJ recuerda su jurisprudencia sobre la cláusula 5ª del Acuerdo Marco y la obligación que impone a los Estados de adoptar por lo menos una de las medidas que enumera en su apdo. 1º - razones objetivas que justifiquen la renovación de los contratos o relaciones laborales de duración determinada, duración máxima total de esos sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales, y número de sus renovaciones- cuando sus Derechos internos no contenga medidas legales equivalentes, y la libertad de los Estados para elegir las o adoptar otras equivalentes, siempre que no pongan en cuestión la efectividad de la regulación de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. Y confirma su interpretación de que la cláusula 5ª.1.a) del Acuerdo Marco asienta el abuso en la sucesión o renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable. Esa situación de encadenamiento de relaciones temporales se opone directamente a la premisa de partida de dicho Acuerdo Marco, según la cual los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades. Es, por tanto, esencial la comprobación de si esa sucesión de contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender necesidades provisionales o si encubre necesidades permanentes y estables de la empleadora en materia de personal.

En el caso, en que las demandantes en los litigios principales sufrieron largos períodos de interinidad de su empleo funcional -de más de 37 años y más de 17 años consecutivos, respectivamente, realizando las mismas tareas que el personal fijo estatutario-, con sucesión de nombramientos y contratos, la regulación de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco es aplicable, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al juzgado remitente.

La regulación de los arts. 10. 4 y 70.1 del EBEP, que fijan los plazos máximos del empleo de funcionario interino, para la convocatoria de los procesos selectivos de las plazas comprometidas en orden a su cobertura definitiva y para su ejecución, limita la utilización de los contratos o relaciones laborales de duración determinada a la cobertura de necesidades provisionales de personal de la Administración empleadora, y es conforme a las exigencias de la cláusula 5ª.1.b) y c) del Acuerdo Marco (duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo y número de sus renovaciones). Sin duda, esa regulación corre el riesgo de caer en la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada si la Administración concernida incumple el plazo máximo para la cobertura definitiva de la plaza y provee su cobertura nuevamente de manera temporal, atendiendo de este modo abusivo sus necesidades de personal permanentes. Ese riesgo se materializó en los casos de los litigios principales del asunto C-332/22. El TJ responde al Juzgado remitente que la cláusula 5ª del Acuerdo Marco no se opone a una normativa nacional conforme a la

cual el abuso en la utilización de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada en el sector público se produce cuando la Administración Pública no cumple los plazos que el Derecho interno establece para proveer la plaza ocupada por el empleado público temporal, ya que, en tal situación, esos sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada cubren necesidades de esa Administración que no son provisionales, sino permanentes y estables.

3. Sobre las cuestiones prejudiciales 1ª y 3ª en el asunto C-331/22 y 1ª y 7ª a 12ª en el asunto C-332/22; y la inadecuación de la convocatoria de procesos selectivos y de la indemnización compensatoria limitada en su cuantía máxima ante su no superación para sancionar la temporalidad abusiva del empleo público (funcionario) y el incumplimiento del Derecho de la Unión

Con la óptica de los principios de equivalencia, de proporcionalidad y de reparación íntegra del perjuicio sufrido, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 17 de Barcelona cuestiona la compatibilidad de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco con la jurisprudencia y la normativa españolas que consideran medidas adecuadas para sancionar la utilización abusiva de sucesivas relaciones de empleo de duración determinada el mantenimiento del empleado público afectado en su empleo temporal hasta la convocatoria y resolución de procesos selectivos por la Administración empleadora y la convocatoria de esos procesos y el abono de una compensación económica con un doble límite máximo (20 días por año de servicio, con un límite de 12 mensualidades), únicamente a favor del empleado público que no supere las pruebas selectivas.

El enjuiciamiento del TJUE parte de lo que tantas veces ha dicho en su jurisprudencia: la cláusula 5ª del Acuerdo Marco no dispone sanciones específicas a la existencia de abusos por la utilización sucesiva de relaciones de empleo de duración determinada. Es obligación de los Estados adoptarlas (principio de autonomía de procedimiento), de acuerdo con los principios de proporcionalidad, equivalencia interna y de efectividad. Las disposiciones estatales han de sancionar adecuadamente los abusos y eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión, siendo competencia de los órganos judiciales internos comprobar esa adecuación.

Ya sobre los asuntos acumulados, la sentencia recuerda que la convocatoria de procesos selectivos, de resultado incierto para los afectados y abiertos a otros candidatos, ordenada por la jurisprudencia nacional y el artículo 2 de la Ley 20/2021, aun cuando ofrecen la posibilidad del acceso a la estabilidad en el empleo, no es una sanción adecuada para impedir la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada, ni para eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión, sin perjuicio de la comprobación que incumbe al juzgado remitente. Nada añade que el art. 2 de la Ley 20/2021 disponga que esos procesos selectivos han de finalizar antes del 31 de diciembre de 2024 y han de valorar los méritos del empleado público afectado. Tampoco el abono de la indemnización por extinción de contrato contemplada en ese art. 2 de la Ley 20/2021 para el caso únicamente de que el empleado público no supere el proceso selectivo es medida sancionadora adecuada, pues es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada y, estando doblemente topada en su cuantía, no satisface la reparación efectiva de los abusos e integra de los perjuicios causados al empleado público afectado. Ni el principio de reparación íntegra del perjuicio sufrido, ni el principio de proporcionalidad, exigen el abono de una indemnización de carácter punitivo, pero tampoco consienten una indemnización meramente simbólica; por sí sola, la indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 20/2021 no “parece” ser una medida proporcionada y suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas internas adoptadas conforme a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco.

En las cuestiones prejudiciales 1ª y 9ª en el asunto C-332/22 el juzgado remitente imputa a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y al artículo 2 de la Ley 20/2021, en cuanto a la concesión de la indemnización compensatoria señalada, la violación del

principio de equivalencia del Derecho de la Unión. La sentencia precisa que ese principio, que compara los derechos establecidos por el legislador nacional en el marco de la transposición de la Directiva 1999/70 con los existentes en el Derecho interno, no es de aplicación a las disposiciones internas que tienen por objeto derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, con independencia de que sean distintas en el sector público y en el privado, correspondiendo al juzgado comprobar si el principio de equivalencia es aplicable y, en su caso, si siendo aplicable, se respeta.

Concluye la sentencia, respecto de las cuestiones prejudiciales dichas, que, a la luz de los principios de proporcionalidad y de reparación íntegra del perjuicio sufrido, la cláusula 5ª del Acuerdo Marco se opone a una jurisprudencia y a una normativa nacionales que establecen como medidas para sancionar la utilización abusiva de la temporalidad sucesiva “respectivamente, el mantenimiento del empleado público afectado hasta la convocatoria y resolución de procesos selectivos por la Administración empleadora y la convocatoria de tales procesos y el abono de una compensación económica con un doble límite máximo a favor únicamente del empleado público que no supere dichos procesos, cuando esas medidas no sean medidas proporcionadas ni medidas suficientemente efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en virtud de dicha cláusula 5ª; competencia de comprobación del juzgado remitente.

4. Sobre las cuestiones prejudiciales 2ª, 4ª y 5ª en el asunto C-331/22 y 2ª a 4ª en el asunto C-332/22; el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la Carta de derechos fundamentales de la Unión; la fijeza como sanción efectiva del abuso con el límite de la interpretación contra legem del Derecho español

La petición de interpretación prejudicial del juzgado remitente versa sobre las cláusulas 4ª y 5ª del Acuerdo Marco y se refieren a la conversión de las relaciones laborales temporales y sucesivas en relaciones de empleo por tiempo indefinido idénticas o equiparables a las que vinculan a los funcionarios de carrera con la Administración, aun cuando tal conversión contravenga determinadas disposiciones nacionales y la jurisprudencia nacional, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, conforme a la cláusula 5ª, los abusos en la temporalidad del empleo, todo ello a la luz de los artículos 21 y 47 de la Carta y del principio de equivalencia.

Descarta liminarmente el TJUE que el principio de no discriminación de la cláusula 4ª del Acuerdo Marco y del art. 21 de la Carta esté afectado aquí al no tener relación alguna con la realidad ni con el objeto de los litigios principales.

Y advierte que, aunque su jurisprudencia no exige a los Estados convertir en contratos o relaciones laborales por tiempo indefinido los contratos o relaciones laborales de duración determinada en cumplimiento de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, esa conversión es facultad de los Estados para cumplir con dicha cláusula 5ª.2, al ser la estabilidad laboral el principal factor de protección de los trabajadores.

Lo que el TJ exige a los Estados es el cumplimiento efectivo de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. Esa exigencia le ha llevado a confirmar la innecesariedad de esa conversión en fijeza de la temporalidad abusiva si los Estados se han dotado de otras medidas efectivas “para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”. Ahora bien, en defecto de esas otras medidas efectivas, la conversión de la sucesión abusiva de contratos de duración determinada en una relación de empleo de duración indefinida es una medida que sanciona efectivamente el abuso y es conforme con el Derecho de la Unión, con la cláusula 5ª del Acuerdo Marco.

El juzgado cuestionante traslada al TJ que la cláusula 5ª del Acuerdo Marco no se ha transpuesto correctamente al ordenamiento jurídico español, que nuestro ordenamiento carece de medidas efectivas de sanción del abuso derivado de una sucesión de relaciones de empleo de duración determinada, que el artículo 23 de la

Constitución, y el EBEP en su ejecución, reservan la condición de funcionario de carrera a las personas que hayan superado un proceso selectivo convocado al efecto conforme a los principios de igualdad, publicidad, mérito, capacidad y libre concurrencia, y que, en consecuencia, la conversión de los empleos de las funcionarias interinas afectadas por los abusos de temporalidad en funcionarios de carrera, como medida sancionadora de los abusos, podría ser contraria a la Constitución y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El TJ responde al juzgado con el principio de interpretación del ordenamiento nacional de conformidad con el Derecho de la Unión en aras de la efectividad éste y de su objeto, tras reiterar su doctrina sobre el contenido, ni incondicional ni preciso, ni definitorio de su protección mínima, de la cláusula 5ª.1 del Acuerdo Marco, que deja su aplicación a los Estados y no permite su invocación por un particular ante un tribunal nacional. La sentencia le señala al juzgado los límites de esa interpretación de conformidad: los principios de seguridad jurídica e irretroactividad, y la interpretación *contra legem* del Derecho nacional. E introduce el derecho a la tutela judicial efectiva, un principio general del Derecho de la Unión, pero, además, un derecho subjetivo fundamental reconocido por el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y, como tal, invocable por los particulares para obtener la protección del Derecho de la Unión. Y concluye: 1º, el juez nacional ha de interpretar y aplicar las disposiciones del Derecho interno de modo que se sancione el abuso de temporalidad en el empleo público y se eliminen las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión; 2º, a tal fin, el juez nacional debe analizar si las disposiciones de su Derecho nacional, incluidas las de rango constitucional, pueden interpretarse de conformidad con la cláusula 5ª del Acuerdo Marco; 3º, al mismo fin, el juez nacional puede modificar una jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho interno incompatible con los objetivos de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, y dejarla inaplicada. Consecuencia de lo cual sería que, la falta de medidas internas efectivas para conseguir esos logros, permitiría al juez convertir las relaciones de las funcionarias interinas en relaciones de empleo por tiempo indefinido, dejando inaplicada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, “siempre que no implique una interpretación *contra legem* del Derecho nacional”.

El juzgado remitente parece haber hallado la solución: convertir los sucesivos nombramientos de funcionarias interinas “en una relación de empleo por tiempo indefinido en virtud de la cual las demandantes en los litigios principales estuvieran sujetas a las mismas causas de cese y de despido que aquellas que rigen para los funcionarios de carrera sin, no obstante, adquirir la condición de funcionario de carrera”. Esta medida sancionadora se acomodaría a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco y “no implicaría una interpretación *contra legem* del Derecho nacional”.

En las cuestiones prejudiciales 2ª a 4ª en el asunto C-332/22, el juzgado remitente también pregunta si el principio de equivalencia del Derecho de la Unión obliga a conceder al personal temporal del sector público que haya sido objeto de una utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada la condición de empleados fijos o de carrera, ya que el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores impone tal solución en el sector privado. La sentencia del TJ le reenvía la cuestión de que si en ese planteamiento está comprometido el principio de equivalencia.

En definitiva, el TJ declara que “la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, a la luz del artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, conforme a la cláusula 5, los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada, la conversión de esos sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada en contratos o relaciones de empleo por tiempo indefinido puede constituir tal medida, siempre que esa conversión no implique una interpretación *contra legem* del Derecho nacional”.

VII. Parte dispositiva

“1) La cláusula 5 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 no se opone a una normativa nacional conforme a la cual el abuso en la utilización de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada en el sector público se produce cuando la Administración Pública en cuestión no cumple los plazos que el Derecho interno establece para proveer la plaza ocupada por el empleado público temporal de que se trate, por cuanto, en semejante situación, esos sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada cubren necesidades de esa Administración que no son provisionales, sino permanentes y estables.

2) La cláusula 5 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, a la luz de los principios de proporcionalidad y de reparación íntegra del perjuicio sufrido, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia y a una normativa nacionales que contemplan como medidas para sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada, respectivamente, el mantenimiento del empleado público afectado hasta la convocatoria y resolución de procesos selectivos por la Administración empleadora y la convocatoria de tales procesos y el abono de una compensación económica con un doble límite máximo en favor únicamente del empleado público que no supere dichos procesos, cuando esas medidas no sean medidas proporcionadas ni medidas suficientemente efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en virtud de dicha cláusula 5.

3) La cláusula 5 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, a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, conforme a la cláusula 5, los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada, la conversión de esos sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada en contratos o relaciones de empleo por tiempo indefinido puede constituir tal medida, siempre que esa conversión no implique una interpretación *contra legem* del Derecho nacional”.

VIII. Pasajes decisivos

- “Resulta [...] del tenor de la cláusula 5 del Acuerdo Marco y de reiterada jurisprudencia que esta cláusula solo se aplica en el supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, de modo que un contrato que sea el primer o único contrato de trabajo de duración determinada no está incluido en el ámbito de aplicación de la cláusula 5, punto 1, del Acuerdo Marco [...]” (apdo. 49).
- “[...] el Tribunal de Justicia ha considerado que una medida nacional que prevé la convocatoria, dentro de los plazos establecidos, de procesos selectivos para la cobertura definitiva de las plazas ocupadas provisionalmente por trabajadores temporales es adecuada para evitar que se perpetúe la situación de precariedad de dichos trabajadores, al garantizar que las plazas que ocupan se cubran rápidamente de manera definitiva [...]” (apdo. 55).
- “No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que una normativa nacional que prevé la convocatoria de procesos selectivos que tienen por objeto cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas provisionalmente por trabajadores temporales, así como el plazo concreto a tal fin, pero que no garantiza que esos procesos se convoquen

efectivamente, no parece que pueda evitar la utilización abusiva, por parte del empleador de que se trate, de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada” (apdo. 57).

- “A reserva de las comprobaciones que incumbe realizar al juzgado remitente, una disposición nacional como el artículo 10 del EBEP no parece establecer una autorización general y abstracta para utilizar sucesivas relaciones de empleo de duración determinada, sino que limita la utilización de tales relaciones para satisfacer, en esencia, necesidades provisionales” (apdo. 62).
- “[...] las disposiciones nacionales a que se ha hecho referencia [...] contienen asimismo las medidas indicadas en la cláusula 5, punto 1, letras b) y c), del Acuerdo Marco, a saber, primero, un límite relativo a la duración máxima total de los sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada y, segundo, el número máximo de renovaciones de esos contratos o relaciones, extremos que corresponderá comprobar al juzgado remitente” (apdo. 63).
- “No obstante, del auto de remisión [...] se desprende asimismo que los sucesivos nombramientos de las demandantes en el litigio principal en este asunto o los sucesivos contratos celebrados por ellas no satisfacían meras necesidades provisionales de la Administración de Justicia en Cataluña, sino que tenían como finalidad atender necesidades permanentes y estables de dicha Administración en materia de personal [...] (apdo. 64).
- “[...] ha de responderse a la quinta cuestión prejudicial planteada en el asunto C-332/22 que la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional conforme a la cual el abuso en la utilización de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada en el sector público se produce cuando la Administración Pública en cuestión no cumple los plazos que el Derecho interno establece para proveer la plaza ocupada por el empleado público temporal de que se trate, por cuanto, en semejante situación, esos sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada cubren necesidades de esa Administración que no son provisionales, sino permanentes y estables.” (apdo. 65).
- En lo referente a la convocatoria de procesos selectivos como medida sancionadora conforme con la cláusula 5 del Acuerdo Marco, tal como la que aplica la jurisprudencia española o contempla el artículo 2 de la Ley 20/2021, [...] el Tribunal de Justicia ha señalado que, aun cuando la convocatoria de procesos selectivos ofrece a los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada la oportunidad de intentar acceder a la estabilidad en el empleo, ya que, en principio, pueden participar en dichos procesos, tal circunstancia no exime a los Estados miembros del cumplimiento de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de esas sucesivas relaciones de servicio de duración determinada. En efecto, esos procesos, cuyo resultado es además incierto, también están abiertos, en general, a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso [...] (apdo. 75).
- “[...] la convocatoria de los procesos selectivos que se contempla en la jurisprudencia nacional o en el artículo 2 de la Ley 20/2021, a reserva de la comprobación que incumbe realizar al juzgado remitente, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada ni, por tanto,

para eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión” (apdo. 77).

- “[...] afirmación que] en modo alguno queda desvirtuada por las indicaciones, obrantes en el auto de remisión en el asunto C-332/22, según las cuales los procesos selectivos a que se refiere el artículo 2 de la Ley 20/2021 deberán haber finalizado dentro de un plazo concreto (antes del 31 de diciembre de 2024) y en ellos se valorarán los méritos del empleado público afectado” (apdo. 78).
- “[...] el Tribunal de Justicia ha declarado que el abono de una indemnización por extinción de contrato no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo Marco, consistente en prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. En efecto, tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada [...]” (apdo. 80).
- “[...] en vista de que una compensación como la contemplada en el artículo 2 de la Ley 20/2021 tiene un doble límite máximo (el tope de los veinte días de retribución por año de servicio y el tope de los doce meses de salario en total), no permite ni la reparación proporcionada y efectiva en las situaciones de abuso que superen una determinada duración en años, ni la reparación adecuada e íntegra de los daños derivados de tales abusos” (apdo. 81).
- “[...] es preciso recordar que ni el principio de reparación íntegra del perjuicio sufrido ni el principio de proporcionalidad exigen el abono de una indemnización de carácter punitivo[...]” (apdo. 82).
- “[...] una compensación económica con un doble límite máximo en favor únicamente del empleado público afectado que no supere los procesos selectivos no parece constituir una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivas relaciones de empleo de duración determinada y eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión, y, por consiguiente, no parece constituir, por sí sola, una medida proporcionada y suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme al Acuerdo Marco” [...] (apdo. 84).
- “[...] procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y tercera en el asunto C-331/22 y a las cuestiones prejudiciales primera y séptima a duodécima en el asunto C-332/22 que la cláusula 5 del Acuerdo Marco, a la luz de los principios de proporcionalidad y de reparación íntegra del perjuicio sufrido, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia y a una normativa nacionales que contemplan como medidas para sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada, respectivamente, el mantenimiento del empleado público afectado hasta la convocatoria y resolución de procesos selectivos por la Administración empleadora y la convocatoria de tales procesos y el abono de una compensación económica con un doble límite máximo en favor únicamente del empleado público que no supere dichos procesos, cuando esas medidas no sean medidas proporcionadas ni medidas suficientemente efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en virtud de dicha cláusula 5” (apdo. 91).
- “[...] de reiterada jurisprudencia se deriva que la cláusula 5 del Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros la obligación de convertir en

contratos o relaciones laborales por tiempo indefinido los contratos o relaciones laborales de duración determinada [...]” (apdo. 95).

- “No obstante, con arreglo a la cláusula 5, punto 2, del Acuerdo Marco, entre las medidas que permiten prevenir la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada se halla la facultad de los Estados miembros de convertir esos contratos o relaciones laborales de duración determinada en contratos o relaciones laborales por tiempo indefinido, al ser la estabilidad laboral que ofrecen estos últimos el principal factor de protección de los trabajadores [...]” (apdo. 96).
- “[...] el Tribunal de Justicia ha puntualizado que, para que pueda considerarse conforme con el Acuerdo Marco una normativa nacional que, en el sector público, prohíbe convertir en contrato de trabajo o relación laboral por tiempo indefinido una sucesión de contratos o relaciones laborales de duración determinada, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contener, en dicho sector, otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada [...]” (apdo. 98).
- “[...] una normativa que establece una norma imperativa según la cual, en caso de utilización abusiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, estos contratos o relaciones laborales se convierten en una relación laboral de duración indefinida puede implicar una medida que sanciona efectivamente tal utilización abusiva y, por lo tanto, debe considerarse conforme con la cláusula 5 del Acuerdo Marco [...]” (apdo. 99).
- “[...] el Tribunal de Justicia ha señalado que, dado que el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho de la Unión reconocido, además, en el artículo 47 de la Carta, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, si no existe una medida que transponga correctamente al Derecho español la Directiva 1999/70, asegurar la protección jurídica que para los justiciables se deriva de las disposiciones del Derecho de la Unión y garantizar su pleno efecto [...]” (apdo. 106).
- “[...] incumbe al juez nacional interpretar y aplicar las disposiciones pertinentes del Derecho interno, en la medida de lo posible y cuando se haya producido una utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, de manera que se sancione debidamente ese abuso y se eliminen las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión. En este marco, incumbe a dicho juez nacional apreciar si las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, incluidas las de rango constitucional, pueden interpretarse, en su caso, de conformidad con la cláusula 5 del Acuerdo Marco a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva 1999/70 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta [...]” (apdo. 107).
- “[...] el Tribunal de Justicia ha declarado que la exigencia de interpretación conforme obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a modificar, en caso necesario, una jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho interno incompatible con los objetivos de una directiva [...]” (apdo. 108).
- “[...] en el supuesto de que el juzgado remitente considere que el ordenamiento jurídico interno de que se trata no contiene, en el sector público, ninguna medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada, como los que son objeto de los asuntos principales,

la conversión de estos contratos o relaciones en una relación de empleo por tiempo indefinido puede constituir tal medida [...] (apdo. 109).

- [...] si, en ese supuesto, el juzgado remitente considera, además, que la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo se opone a tal conversión, el juzgado remitente deberá entonces dejar inaplicada dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo si esta se basa en una interpretación de las disposiciones de la Constitución incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de la cláusula 5 del Acuerdo Marco” (apdo. 110).
- “[...] tal conversión puede constituir una medida adecuada para sancionar de manera efectiva la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada, siempre que no implique una interpretación *contra legem* del Derecho nacional” (apdo. 111).
- “[...] en los presentes asuntos, el juzgado remitente considera que constituiría una medida sancionadora conforme con la cláusula 5 del Acuerdo Marco convertir los sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada objeto de los litigios principales en una relación de empleo por tiempo indefinido en virtud de la cual las demandantes en los litigios principales estuvieran sujetas a las mismas causas de cese y de despido que aquellas que rigen para los funcionarios de carrera sin, no obstante, adquirir la condición de funcionario de carrera. Según dicho juzgado, esta medida sancionadora no implicaría una interpretación *contra legem* del Derecho nacional” (apdo. 112).
- “[...] procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda, cuarta y quinta en el asunto C-331/22 y a las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta en el asunto C-332/22 que la cláusula 5 del Acuerdo Marco, a la luz del artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, conforme a la cláusula 5, los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada, la conversión de esos sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada en contratos o relaciones de empleo por tiempo indefinido puede constituir tal medida, siempre que esa conversión no implique una interpretación *contra legem* del Derecho nacional” (apdo. 115).

IX. Comentario

1. Una sentencia dentro del canon de la jurisprudencia del TJ: la desacreditación de las medidas de estabilización o consolidación del empleo temporal del sector público de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre

Se inserta esta sentencia en una corriente jurisprudencial del Tribunal de Justicia caracterizada por la desautorización de la legislación y jurisprudencia españolas por incumplir la cláusula 5ª del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70, a la que se ha unido la Comisión Europea, que también ha reclamado de España la adopción de medidas correctoras de una situación de temporalidad abusiva del empleo público que incumple el Derecho de la Unión.

La sentencia aborda nuevos ejemplos del deterioro de las relaciones de empleo temporal en el empleo público (en ambos procedimientos prejudiciales, de Derecho administrativo) en nuestro país y consiguientemente de la calidad de las instituciones y servicios públicos.

Ante el gran número de personas afectada por la temporalidad abusiva y de larga duración de su situación de empleo el legislador español volvió a intervenir con urgencia con el acuerdo de los sindicatos -cifrando la temporalidad en un insostenible

30% de los empleados públicos y proclamando su voluntad de rebajarla hasta un máximo del 8% de plazas estructurales- y autorizó un tercer proceso de estabilización del empleo público -desde 2017- de “las plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas, y estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020” (art. 2.1.1º de la Ley 20/2021 de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público). La sentencia comentada, siguiendo a la anterior de 22 de enero de 2024, niega que el proceso de consolidación o estabilización de empleo temporal de la Ley 20/2021, a la que las Administraciones demandadas en los litigios principales confiaban la regularización de la interinidad sucesiva y larga de las funcionarias demandantes, sea una medida adecuada para sancionar la utilización abusiva de sucesivas relaciones de empleo temporales y dé cumplimiento a las exigencias de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, pues el proceso legal de consolidación ni asegura la estabilidad de las víctimas de los abusos, que pueden no superar los procesos selectivos, ni se contrae a ese fin, ya que no está causalmente vinculado a la corrección de los abusos y está abierto a otros candidatos que no ha sufrido abusos de temporalidad en su situación de empleo (apdos. 75-78).

El TJ desaprueba también la aptitud de la indemnización que recoge el art. 2.6 de la citada Ley 20/2021 únicamente para el caso de que las empleadas públicas -víctimas de abuso en su situación funcional de interinidad y otros empleados públicos que no hayan sufrido abusos de temporalidad- no superen el proceso selectivo convocado. Esa indemnización por fin de contrato tampoco se reserva a la corrección de los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada y, al estar doblemente topada (20 días por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades), no satisface la reparación íntegra de los daños causados por tales abusos; no es, en consecuencia, medida eficaz a los efectos de los fines perseguidos por la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, pues no sanciona adecuada ni disuasoriamente la comisión de esos abusos para evitarlos, ni el incumplimiento del Derecho de la Unión (apdos. 79-84).

La conclusión de la sentencia es que las medidas analizadas de la Ley 20/2021, ni son proporcionadas, ni suficientemente efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en virtud de dicha cláusula 5ª, sin perjuicio de la comprobación que compete al juzgado de lo contencioso-administrativo remitente.

Hay que decir, no obstante, que el preámbulo de la Ley 20/2021 contiene plurales referencias a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco y a su propia finalidad reformadora en línea con dicha cláusula y con la necesidad de articular medidas eficaces para prevenir y sancionar el abuso y el fraude en la temporalidad hacia el futuro. La reforma legal, inserta en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, contaba con el favor de la Comisión Europea. Por lo demás, es de tener en cuenta la magnitud del proceso de estabilización de empleo temporal desarrollado. Y aunque es cierto que dicho proceso no se dirige a sancionar a las Administraciones públicas que han permitido la creación de estas abultadísimas bolsas de temporalidad abusiva, sino a las propias víctimas, acreedoras de una reparación económica a todas luces insuficiente en caso de no superar los correspondientes procesos selectivos, esos procesos selectivos, sometidos al cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, se han convocado en modalidad de concurso-oposición, “con una valoración en la fase de concurso de un 40% de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se traten, pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en la fase de oposición”, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de función pública de cada Administración pública (art. 2.4).

El posterior Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, autorizó una tasa adicional de estabilización de plazas estructurales interinadas a 31 de diciembre de 2021 por

personal funcionario interino o temporal de larga duración (6 años) que hubiera participado sin éxito en un concurso-oposición en el marco de un proceso de estabilización convocado conforme a sus sucesivas leyes reguladoras desde la Ley 3/2017 hasta la Ley 20/2021.

En otro orden de consideraciones, la sentencia comentada declara la no oposición de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco con la regulación del EBEP, reformada por la Ley 20/2021, de la que se deriva que incurre en abuso en la utilización de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada en el sector público la Administración Pública que incumpla los plazos máximos establecidos de interinidad y para proveer definitivamente, a través del correspondiente proceso selectivo, las plazas ocupadas por empleados públicos temporales, ya que esas sucesivas relaciones de empleo de duración determinada cubren necesidades no provisionales, sino permanentes y estables de la Administración incumplidora. Ya dijo la sentencia del TJ de 22 de febrero de 2024, C-59/22, C-110/22 y C-159/22, *MP*, sobre relaciones temporales de empleo público sujetas al Derecho del Trabajo, que la expresión “utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada” de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco “debe interpretarse en el sentido de que comprende una situación en la que, al no haber convocado la Administración en cuestión, en el plazo establecido, un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo, el contrato de duración determinada que vincula a ese trabajador con dicha Administración ha sido prorrogado automáticamente” (apdo. 82).

2. La fijeza como sanción y la posición jurídica de la Carta de derechos fundamentales de la Unión, de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de su artículo 47; la necesaria interpretación judicial de conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión

Sitúa el juzgado remitente la posible sanción de la conversión de la interinidad abusiva en fijeza, en el marco de las cláusulas 4ª y 5ª del Acuerdo Marco, entre los derechos de la Carta de los arts. 21 y 47 y el art. 23 de la Constitución Española y el EBEP.

El TJ desecha rápidamente, con toda corrección, la implicación en los asuntos prejudiciales que resuelve del principio de no discriminación de la cláusula 4ª del Acuerdo Marco y, por consecuencia, del art. 21 de la Carta, sin necesitar desvincular el campo de aplicación de la protección de este derecho fundamental de no discriminación del principio de no discriminación regulado en la cláusula 4ª del Acuerdo Marco.

La posición del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 47 de la Carta y vincula a los Estados cuando apliquen el Derecho de la Unión viene siendo y es en esta sentencia algo más compleja y merece mayor comentario. El TJ ha insistido, en diversas decisiones, sobre ese derecho fundamental, fruto de las tradiciones constitucionales de los Estados, y, como tal, principio general del Derecho de la Unión, que, además, tiene su perfil propio de derecho fundamental en la Carta y es directamente invocable por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales; con el presupuesto señalado de que los órganos judiciales estatales apliquen el Derecho de la Unión, cuestión compleja que aquí no es necesario desentrañar por la obviedad de la aplicación de ese Derecho por el juzgado de lo contencioso-administrativo remitente, pese a la compleja estructura de la norma contenida en el cláusula 5ª del Acuerdo Marco, que, como bien sabemos, no es “incondicional y suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional”, precisando de la acción complementadora de los Estados (apdo. 101).

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 47 de la Carta es la pieza que articula técnicamente, no la eficacia horizontal de la Directiva 1999/70, pues en los litigios principales son demandadas las Administraciones públicas empleadoras, el Estado en sentido amplio, sino su eficacia directa ante las insuficiencias de

estructura normativa de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. Así, la sentencia encadena los siguientes razonamientos de interés: “corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, si no existe una medida que transponga correctamente al Derecho español la Directiva 1999/70, asegurar la protección jurídica que para los justiciables se deriva de las disposiciones del Derecho de la Unión y garantizar su pleno efecto”; “incumbe al juez nacional interpretar y aplicar las disposiciones pertinentes del Derecho interno, en la medida de lo posible y cuando se haya producido una utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, de manera que se sancione debidamente ese abuso y se eliminen las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión [...] incumbe a dicho juez nacional apreciar si las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, incluidas las de rango constitucional, pueden interpretarse, en su caso, de conformidad con la cláusula 5 del Acuerdo Marco a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva 1999/70 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta”; “el Tribunal de Justicia ha declarado que la exigencia de interpretación conforme obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a modificar, en caso necesario, una jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho interno incompatible con los objetivos de una directiva. Por lo tanto, el órgano jurisdiccional nacional no puede considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar una norma nacional de conformidad con el Derecho de la Unión por el mero hecho de que, de forma reiterada, se haya interpretado esa norma en un sentido incompatible con ese Derecho” (apdos. 106-108).

La conclusión vuelve a ser que los órganos judiciales estatales pueden convertir la temporalidad abusiva “en una relación de empleo por tiempo indefinido”, medida efectiva para evitar y sancionar los abusos a falta de otras adecuadas y eficaces para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos de temporalidad. Una “última ratio” que en la sentencia comentada se desenvuelve como sigue.

3. La fijeza en el empleo público, sin ley y contra jurisprudencia, pero no “contra legem”

Para alcanzar ese objetivo, al que conduce el efecto directo de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, a través del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 47 CDFUE), ante la ausencia en el ordenamiento español de otras medidas, el órgano judicial competente puede dejar inaplicada la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, traída a los procedimientos prejudiciales por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 17 de Barcelona. La interpretación de aquella jurisprudencia es que ante una situación de abuso de temporalidad el empleado público puede mantenerse en el régimen de precariedad en el empleo hasta que la Administración empleadora determine “si existe una necesidad estructural y convoque los correspondientes procesos selectivos —donde pueden concurrir candidatos que no han sufrido dicho abuso de temporalidad— para cubrir la plaza con empleados públicos fijo o de carrera” (en los términos utilizados por el juzgado proponente). Siendo obvia la existencia de necesidad estructural y no habiendo convocado las Administraciones demandadas los procesos selectivos —por lo que adujeron en los litigios principales que la solución regularizadora de los abusos de interinidad soportados por las demandantes se hallaba en el proceso de consolidación del empleo temporal de la Ley 20/2021, en vigor el 30 de diciembre de 2021, que deberá finalizar antes del 31 de diciembre de 2024, según su art. 2.2-, el juzgado de lo contencioso-administrativo nº 17 de Barcelona podría ordenar la conversión de las relaciones funcionariales de interinidad de las demandantes en una relación de empleo por tiempo indefinido, pero “siempre que no implique una interpretación *contra legem* del Derecho nacional” (apdo. 111).

4. La interpretación del juzgado remitente sobre la conversión en empleo funcional fijo del empleo funcional interino; adecuación al ordenamiento español, al excluir la condición de funcionario de carrera, adquirida a través de un proceso selectivo propio.

Los límites del poder judicial de conversión del empleo funcionarial interino en empleo funcionarial de carrera

El juzgado remitente ofrece su propia interpretación que, en su consideración, reuniría la virtud de constituir una medida sancionadora efectiva y adecuada a las exigencias de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco con la de acomodarse al Derecho español. Las relaciones funcionariales de interinidad de las demandantes en los litigios principales se convertirían en relaciones de empleo por tiempo indefinido, en las que las demandantes estarían “sujetas a las mismas causas de cese y de despido que aquellas que rigen para los funcionarios de carrera sin, no obstante, adquirir la condición de funcionario de carrera” (apdo. 112).

Es obvio que los funcionarios públicos no están sujetos a causas de despido. Tienen legalmente reconocido su derecho a la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera, sin perjuicio de la sanción disciplinaria conducente a su separación del servicio [arts. 1.3.e), 14.a) y 63.d) EBEP]. ¿Propone el juzgado la conversión de una plaza de naturaleza funcionarial en laboral? No parece que así sea, aunque aluda expresamente a las causas de despido. Las funcionarias interinas, víctimas de abusos en su condición jurídica interina, adquirirán la fijeza propia de la condición funcionarial de carrera, pero sin ostentar tal condición jurídica. La alternativa de que esas funcionarias interinas se convirtieran en personal laboral indefinido fijo se enfrentaría a un cambio de naturaleza jurídica de la relación de empleo, así como de la RPT correspondiente, impuesto por la decisión judicial.

La interpretación del juzgado remitente se mueve en el régimen jurídico funcionarial y resulta del art. 10 EBEP, en concreto de su apartado 2, creando una nueva categoría: funcionarios interinos con fijeza de funcionarios de carrera, que inaplica la regulación del apartado 5 del citado precepto legal: “Al personal funcionario interino le será aplicable el régimen general del personal funcionario de carrera en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición temporal y al carácter extraordinario y urgente de su nombramiento, salvo aquellos derechos inherentes a la condición de funcionario de carrera”. No teniendo ese personal condición temporal, sino indefinida y fija como consecuencia de la sanción judicial de su temporalidad abusiva, para la efectividad de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, se le aplicaría el régimen general del personal funcionario de carrera, salvo la condición misma de ser personal funcionario de carrera.

La respuesta del TJ no se pronuncia, naturalmente, sobre tal cuestión, que afecta a la interpretación del Derecho interno, y se limita a declarar la adecuación a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco de la “conversión de esos sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada en contratos o relaciones de empleo *por tiempo indefinido*” (apdo. 115); con el límite de la interpretación *contra legem* del Derecho español.

La interpretación del Juzgado salva el juego de los principios constitucionales y legales de igualdad, mérito y capacidad, que rigen los procedimientos de selección del personal funcionarial interino -y de carrera y laboral- (arts. 23, 14 y 103.3 CE; arts. 1.3.b), 10.2, 11.3, 13.2, 55.1, 61, 78.1, 79.1 EBEP), dejando en manos judiciales el control de su cumplimiento.

En el asunto C-331/22, respecto del litigio principal, la sentencia del TJ informa de que el nombramiento de KT como funcionaria interina por la Administración pública catalana “fue fruto de la realización de un proceso selectivo que se desarrolló respetando los principios de mérito, capacidad e igualdad consagrados en el artículo 103, apartado 3, de la Constitución” (apdo. 18). Nada se dice respecto de las funcionarias interinas demandantes en los litigios principales que dieron lugar al asunto prejudicial C-332/22. No obstante, en la 5ª cuestión prejudicial en el asunto C-331/22 el juzgado pregunta al TJ si, ante la insuficiencia del ordenamiento español para sancionar efectivamente los abusos de temporalidad conforme a las exigencias de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, “¿debe proceder a acordarse por parte de las autoridades judiciales nacionales la conversión de la relación temporal de carácter

abusivo en una relación fija diferente a la del funcionario de carrera, pero dotando de estabilidad en el empleo a la víctima del abuso para evitar que dicho abuso quede sin sanción y que se socaven los objetivos de la cláusula 5 del Acuerdo [Marco], aunque esta transformación no esté prevista en la Normativa interna *siempre que dicha relación temporal haya ido precedida de un proceso selectivo de pública concurrencia y con respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad?*”. Ese proceso selectivo y ese respeto de sus principios rectores se suponen en las distintas cuestiones prejudiciales en el asunto C-332/22.

La sentencia presenta la interpretación del juzgado del siguiente modo: “En los presentes asuntos, según el juzgado remitente, la cláusula 5 de la Directiva 1999/70 no se ha transpuesto correctamente al ordenamiento jurídico español porque este no contempla ninguna medida efectiva que permita sancionar el abuso derivado de una sucesión de contratos o relaciones de empleo de duración determinada. *Dicho juzgado señala asimismo que del artículo 23 de la Constitución, en relación con determinadas disposiciones del EBEP, se desprende que la condición de funcionario de carrera se reserva a las personas que hayan superado un proceso selectivo convocado para adquirir esa condición y ajustado a los principios de igualdad, publicidad, mérito, capacidad y libre concurrencia. Así, el juzgado remitente indica que la conversión de las sucesivas relaciones de empleo de duración determinada objeto de los litigios principales en una relación de empleo por tiempo indefinido que implique la adquisición de la condición de funcionario de carrera, como medida sancionadora de la utilización abusiva de esas sucesivas relaciones de duración determinada, podría ser contraria, en particular, a la Constitución. Asimismo, según dicho juzgado, tal conversión también sería contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*” (apdo. 100).

La oposición a la Constitución y a la ley, su incumplimiento, estaría en la adquisición de la condición de funcionario de carrera sin la participación en un proceso selectivo *convocado precisamente para adquirir esa condición* y ajustado a los principios de igualdad, publicidad, mérito, capacidad y libre concurrencia, no en la inobservancia de los principios de igualdad, publicidad, mérito, capacidad y libre concurrencia *para el nombramiento de funcionarios interinos*, que en todo caso habrían de respetarse para que la interpretación de conformidad con el Derecho de la Unión no se opusiese al Derecho nacional. La inobservancia de esos principios en la selección de funcionarios interinos impediría la conversión de la relación funcional interina en indefinida fija y llevaría la interpretación judicial al terreno vedado por la sentencia del TJ de la interpretación *contra legem interna*. El incumplimiento del proceso selectivo propio de los funcionarios de carrera, ajustado a los principios constitucionales y legales, es el obstáculo que imposibilita la adquisición de esa condición funcional por el funcionario interino convertido en *funcionario interino indefinido fijo* como sanción a la sucesión y prolongación abusiva de su condición jurídica de interinidad. Todo lo cual colocaría la interpretación del juzgado de lo contencioso-administrativo requirente a salvo de la interpretación *contra legem de nuestro Derecho*.

El acceso a la fijeza funcional de carrera, fuera de esa condición funcional, se efectuaría por mandato judicial en cada caso, al controlar los órganos judiciales los abusos de la temporalidad sucesiva del empleo público (y la previa selección del personal funcionario interino según un procedimiento público sometido a los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y celeridad: art. 10.2 Ley 20/2012). La inacción, o su acción insuficiente, del legislador en el cumplimiento efectivo de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco se sustituiría por la acción de los jueces del caso.

X. Apunte final: la centralidad del proceso selectivo convocado para adquirir la condición de funcionario de carrera, ajustado a los principios de igualdad, publicidad, mérito, capacidad y libre concurrencia. Y de la garantía de la libre concurrencia

El recurso por órganos judiciales españoles a la elevación de cuestiones prejudiciales ante el TJ, de las que se ha dicho que son la piedra angular de la

integración europea, ha seguido una trayectoria ascendente en este ámbito material en relación a nuestro país, poniendo de manifiesto las insuficiencias de la transposición de la Directiva 1999/70 y de su Acuerdo marco con graves consecuencias jurídicas, políticas e institucionales. Ni la intervención del legislador, ni la del Gobierno con los interlocutores sindicales, han sabido, en la interpretación del TJ, medir totalmente la virtualidad reformadora real de la Directiva 1999/70 en nuestro ordenamiento; menos aún ha sido consciente de ese cambio la jurisprudencia en el ordenamiento administrativo de las relaciones de servicios, que, inicialmente, ni siquiera respondió a la norma pactada europea hasta que comenzó a recibir decisiones desautorizatorias del TJ, que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ejecutó manteniendo la aplicación de las normas internas, tardíamente rectificadas por el legislador, sin corregir su interpretación anterior.

La sentencia comentada es una nueva muestra de una corriente judicial que evoluciona hacia el cumplimiento de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco a través de la transformación automática, por decisión judicial, de las relaciones de servicio temporales, *laborales y funcionariales*, sometida a abusos sucesivos, en relaciones de servicios permanentes, siguiendo una dirección pareja, pero al tiempo ajena y divergente, a la de la anterior sentencia de 22 de febrero de 2024, C-59/22, C-110/22 y C-159/22, *MP*. A este resultado han contribuido el propio funcionamiento de la técnica de colaboración judicial prejudicial, las diferentes informaciones e interpretaciones del ordenamiento interno transmitidas por los órganos judiciales cuestionantes al TJ, y la pertenencia dichos órganos cuestionantes a órdenes jurisdiccionales distintos, social y contencioso-administrativo. Hasta el punto de que ni por una sola vez citan los autos del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 17 de Barcelona de petición de decisión prejudicial, ni la sentencia comentada, la precedente de 22 de febrero de 2024, C-59/22, C-110/22 y C-159/22, *MP*, pese a tener en común puntos que ya han sido destacados.

Si en aquella sentencia el órgano del orden jurisdiccional social, en la operación de transformación de una relación laboral de trabajador indefinido no fijo en fijo, cuestionaba la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad a las relaciones laborales privadas en el empleo público con el desenfocado argumento de la inaplicación del principio de igualdad a dichas relaciones privadas -del art. 23 CE, olvidando la aplicación del art. 14 CE, y la jurisprudencia constitucional que se ha pronunciado en reiteradas ocasiones acerca de las relaciones entre ambos preceptos constitucionales sobre el derecho a la igualdad, que indiscutiblemente rige en las relaciones de trabajo privadas-, en esta el presupuesto de partida de dicha operación judicial de conversión de la relación funcional interina en otra relación funcional interina indefinida y fija equiparada a la relación funcional de carrera, pero sin ser de esta naturaleza jurídica, es la aplicación de dichos principios constitucionales y legales. Los arts. 23 y 103.3 de la Constitución, y su desarrollo en el EBEP, sostienen la interpretación del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 17 de Barcelona, que la sentencia del TJ de 13 de junio de 2024 acepta.

La centralidad de la construcción del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 17 de Barcelona radica en la singularidad de los procesos selectivos convocados para la adquisición de la condición jurídica de funcionario de carrera. Ese es su límite. El límite de la garantía de la libre concurrencia en la participación abierta en dichos procesos selectivos en condiciones de igualdad y conforme al mérito y la capacidad. Y el límite de la interpretación *contra legem* de nuestro ordenamiento jurídico.

Nos falta conocer el diálogo del TJ con la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el asunto C-418/24, *Obadal*, que tiene por objeto la petición de decisión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, mediante auto de 30 de abril de 2024^[5], sobre, como cuestión principal, si se opone a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco su doctrina jurisprudencial que, “defendiendo los principios de igualdad, mérito, capacidad y no discriminación en la libre circulación de trabajadores, niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos del sector público a los trabajadores indefinidos no fijos”. Hasta el momento, y reiterada la separación de

regímenes jurídicos laboral y funcionarial del empleo público, parece abrirse paso en la jurisprudencia del TJ la transformación de relaciones de empleo temporales en relaciones de empleo de duración definida, en defecto de sanciones efectivas y disuasorias del incumplimiento de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco.

La posterior STJ de 27 de junio de 2024, C-41/23, *Peigli*, dirá que la cláusula 5ª del Acuerdo Marco “debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, en virtud de la cual la relación laboral de los jueces y fiscales honorarios puede ser objeto de renovaciones sucesivas sin que se prevean, para limitar el uso abusivo de estas renovaciones, sanciones efectivas y disuasorias o la transformación de la relación laboral de dichos jueces y fiscales en una relación laboral de duración indefinida” (apdo. 74).

Referencias:

1. ^ <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=Directiva%2B1999%252F70%2B&docid=263425&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5509361>
2. ^ <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=Directiva%2B1999%252F70%2B&docid=265261&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5509361>
3. ^ ECLI:ES:TS:2018:3250; ECLI:ES:TS:2018:3251; ECLI:ES:TS:2021:4532; ECLI:ES:TS:2021; ECLI:ES:TS:2021:4824.
4. ^ “Un jurista persa en Luxemburgo (ante la descentralización de la cuestión prejudicial), *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 90, abril-junio 2024: https://doi.org/10.37417/REDE/num90_2024
5. ^ <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=Directiva%2B1999%252F70%2B&docid=289071&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5553899>

§ 62 Exigencia de periodo de consultas con los representantes de los trabajadores en caso de extinciones de contrato causadas por la jubilación del empresario persona física.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: Cuando la jubilación del empresario persona física provoca la extinción de un número de trabajadores que supera el umbral establecido en la Directiva 98/59/CE, se debe proceder a la información y consulta de los representantes de los trabajadores regulada en dicha norma pues, con independencia de que no sean extinciones por voluntad del empresario, son extinciones no queridas por el trabajador y deben ser calificadas de despido en el sentido de esta Directiva.

Palabras clave: Despido Colectivo. Directiva 98/59/CE. Periodo de consultas. Jubilación empresario persona física.

Abstract: When the retirement of the individual employer causes the extinction of a number of workers that exceeds the threshold established in Directive 98/59/EC, the workers' representatives must be informed and consulted as regulated in the Directive mentioned because, regardless of whether they are not terminations of the employment by the employer's wishes, they are terminations not intended by the worker and must be classified as dismissal within the meaning of this Directive.

Keywords: Collective dismissal. Directive 98/59/EC. Consultation period. Retirement for individual entrepreneurs.

I. Introducción

La cuestión planteada reside en dirimir si es o no conforme con la Directiva sobre despidos colectivos una legislación como la española que no contempla la obligación de realizar periodo de consultas, aunque se superen los umbrales extintivos legalmente previstos, cuando la extinción de los contratos de trabajo es consecuencia de la jubilación del empresario persona física.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 11 de julio de 2024.

Ponente: Sra. A. Prechal (Presidenta de la Sala).

Tipo y número recurso o procedimiento: cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Cataluña, asunto C-196/23 (Plamaro).

ECLI:EU:C:2024:596

Fuente: Curia

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Las trabajadoras demandantes en el litigio principal estaban empleadas en uno de los 8 centros de trabajo pertenecientes a la empresa de FC hasta que éste les comunicó que se extinguían sus contratos de trabajo, así como el resto de los contratos de trabajo vigentes en los otros centros de trabajo (en total 54 contratos) debido a su jubilación.

Impugnado el despido, el Juzgado desestimó su demanda. Interpuesto recurso de suplicación, el TSJ ha de pronunciarse sobre si las extinciones de los contratos producidas son nulas por no haberse respetado el procedimiento de consulta con los representantes de los trabajadores establecido en el art. 51 aun cuando haya sido por jubilación de su empresario. Para el TSJ, es claro que el art. 49.g ET solo prevé el procedimiento de consulta del art. 51 ET cuando la extinción de contratos de trabajo es consecuencia de la extinción de la persona jurídica del empresario, pero no así cuando la extinción se debe a la jubilación del empresario persona física. Se pregunta si la exclusión de esta situación del ámbito de aplicación del procedimiento de consulta prescrito por la Directiva es conforme con ella y, en caso negativo, si los trabajadores afectados pueden invocar la Directiva 98/59 frente a su empresario persona física cuando no ha sido correctamente transpuesta en el derecho interno, en tanto no se reconoce la eficacia horizontal de la Directiva en litigios entre particulares, salvo que se trate de una regla contemplada también en un principio general del DUE o en la Carta de Derechos Fundamentales del DUE cuya aplicación garantiza una Directiva, lo que entiende que concurre en el caso habida cuenta de lo dispuesto en el art. 27 (derecho de información y consulta a los representantes de los trabajadores) y art. 30 (protección en caso de despido injustificado) de la Carta. Estas preguntas son las planteadas ante el TJUE.

IV. Posición de las partes

La Comisión europea se pregunta si se superan los umbrales exigidos para el periodo de consultas. Las trabajadoras despedidas consideran que se soslaya la Directiva y los despidos deben ser nulos por falta de periodo de consultas.

La defensa de la empresa en el litigio interno alega que, al igual que los trabajadores, un empresario debiera poder jubilarse legítimamente y poner fin a los contratos de trabajo ya que el trabajador cuando se jubila sabe que va a ser un hecho previsible cuando se vincula con un empresario persona física y la jubilación hace inevitables las extinciones de los contratos de trabajo.

V. Normativa aplicable al caso

- 1.1 y 2 de la Directiva 98/59/CE y arts. 49, g y 51 ET

VI. Doctrina básica

La jubilación de un empresario persona física que provoca la extinción de contratos de trabajo en un número superior al establecido como umbral en la Directiva 98/59, debiera ir precedida de un periodo de información y consultas a los representantes de los trabajadores. Por ello la norma española se opone a la Directiva mencionada cuando se superan los umbrales cuantitativos. Pero el órgano judicial español no puede inaplicar la norma española vigente y aplicar la Directiva directamente en una relación entre particulares (pues la Directiva solo obliga a los Estados salvo excepciones)^[1], porque no tiene efecto horizontal, si bien los trabajadores afectados

pueden reclamar responsabilidad al Estado por incumplimiento de su deber de correcta trasposición de las Directivas.

VII. Parte dispositiva

1) Los artículos 1, apartado 1, y 2 de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, leídos conjuntamente, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual la extinción de los contratos de trabajo de un número de trabajadores superior al previsto en dicho artículo 1, apartado 1, por jubilación del empresario, no se califica de «despido colectivo» y, por tanto, no da lugar a la información y consulta a los representantes de los trabajadores previstas en el referido artículo 2.

2) El Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que no obliga a un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares a dejar inaplicada una normativa nacional, como la mencionada en el punto 1 del presente fallo, en caso de que sea contraria a lo dispuesto en los artículos 1, apartado 1, y 2 de la Directiva 98/59.

VIII. Pasajes decisivos

- “(...) a tenor del artículo 2, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 98/59, las consultas a los representantes de los trabajadores no solamente tendrán por objeto evitar o reducir los despidos colectivos, sino que versan, entre otros extremos, sobre las posibilidades de atenuar las consecuencias de tales despidos mediante el recurso a unas medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos (sentencia de 12 de octubre de 2004, Comisión/Portugal, C-55/02, EU:C:2004:605, apartado 58). Por tanto, estas consultas siguen siendo pertinentes cuando las extinciones de los contratos de trabajo proyectadas están vinculadas a la jubilación del empresario”.

- “(...) el concepto de «despidos colectivos», en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de la citada Directiva, presupone la existencia de un empresario que tenga la intención de efectuar esos despidos y que pueda, por una parte, llevar a cabo, con esta finalidad, las acciones previstas en los artículos 2 y 3 de la misma Directiva y, por otra, proceder, en su caso, a tales despidos”

- “(...) poco importa que, en el Derecho español, situaciones como las controvertidas en el litigio principal no se califiquen de despidos, sino de extinciones de pleno derecho de los contratos de trabajo. En efecto, se trata de extinciones del contrato de trabajo no queridas por el trabajador y, por consiguiente, de despidos a efectos de la Directiva 98/59”.ç

- “Así pues, cualquier normativa nacional o interpretación de esta que llevase a considerar que la extinción de los contratos de trabajo causada por la jubilación de un empresario persona física no puede constituir un «despido», en el sentido de la Directiva 98/59, alteraría el ámbito de aplicación de dicha Directiva y la privaría así de su plena eficacia”

- “(...) una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y, por consiguiente, no puede ser invocada como tal en su contra. En efecto, ampliar la invocabilidad de una disposición de una directiva no transpuesta, o transpuesta de manera incorrecta, al ámbito de las relaciones entre los particulares equivaldría a reconocer a la Unión Europea la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando únicamente tiene dicha competencia en los casos en que se le atribuye la facultad de adoptar reglamentos”

- “(...) reglas como las contenidas en las disposiciones de los artículos 1, apartado 1, y 2 de la Directiva 98/59, dirigidas a los Estados miembros y que determinan los supuestos en los que debe llevarse a cabo un procedimiento de información y consulta a los representantes de los trabajadores en caso de despido colectivo de estos, así

como los requisitos de fondo y de procedimiento que deben cumplir esa información y consulta, no pueden deducirse, como reglas jurídicas directamente aplicables, del texto del artículo 27 de la Carta”.

- “Por lo que atañe, por otra parte, al artículo 30 de la Carta, que dispone que todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, procede considerar que los motivos expuestos en los apartados 49 a 52 de la presente sentencia deben llevar, *mutatis mutandis*, a una conclusión análoga a la que se desprende de esos apartados en lo que respecta al artículo 27 de la Carta”.

- “Por tanto (...) y de manera análoga a lo expuesto (...) en relación con el artículo 27 de la Carta, el artículo 30 de esta no se puede invocar, como tal o en relación con los artículos 1, apartado 1, y 2 de la Directiva 98/59, en una controversia entre particulares como la del litigio principal para fundamentar la inaplicación de disposiciones nacionales no conformes con las antedichas disposiciones de la Directiva 98/59.”

IX. Comentario

La sentencia analiza y resuelve las dos cuestiones principales planteadas por el órgano judicial español.

En primer lugar, se pregunta si la exclusión contenida en el ERT para la jubilación del empleador, persona física, del concepto de despido y, por tanto, del procedimiento del art. 51 ET para el despido colectivo, es conforme a la Directiva. Lo que el TJUE niega. Para el TJUE, es indiferente que en España no se califique como despido esta extinción y tenga un régimen propio en nuestro ordenamiento jurídico. Tal indiferencia se basa en el hecho de que el concepto de despido manejado por la Directiva sobre despido colectivo no viene definido, pero constituye un concepto autónomo del Derecho de la Unión que debe ser objeto de una interpretación uniforme que no puede ser remitida a las legislaciones nacionales, so pena de soslayar la finalidad perseguida por la Directiva que es la de establecer una protección mínima de los trabajadores en caso de despidos colectivos ofreciéndoles información y consulta en caso de despidos colectivos. Para el TJUE el concepto de despido “engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento”. Es decir, lo importante a los efectos de la Directiva es que se trata de un concepto que debe ser interpretado de modo amplio y no restrictivo, y en el que lo importante no es la voluntad extintiva del empleador, ni que la extinción le sea imputable directa o indirectamente (prueba de ello es que se admiten dentro del concepto de despido colectivo las extinciones por voluntad del trabajador ocasionadas por una previa modificación sustancial de condiciones de trabajo por parte del empleador: STJUE 11-11-2015, Pujalte Rivera), sino que la clave es que se trata de una extinción “no deseada” por el trabajador. Por ello, que la causa sea ajena a la voluntad del empresario resulta irrelevante a los efectos de la aplicación de la Directiva. Es más, el TJUE recuerda que incluso en los casos en los que el cese definitivo de la actividad de la empresa no depende de la voluntad del empresario y se demuestra que no es posible la aplicación íntegra de la Directiva, no cabe por ello excluir la aplicación global de la misma (con remisión a STJUE 12 de octubre de 2004, Comisión/Portugal C.55/02, ap. 57).

Sobre dicha base, el TJUE examina las obligaciones de la Directiva y si en este caso pueden ser cumplidas de acuerdo con su razón de ser. Y ello porque en otro caso español (Rodríguez Mayor y otros, STJUE de 10 de diciembre de 2009, C-323/08) el TJUE sentenciaba que no se oponía nuestra normativa nacional, que no considera despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo de varios empleados cuyo empresario es una persona física como consecuencia de la muerte de éste y que tampoco se opone a la Directiva que se establezcan “indemnizaciones diferentes dependiendo de que los trabajadores hayan perdido su empleo como consecuencia de la muerte del empresario o de un despido colectivo”. Vamos, que se trata de ver si la muerte es equiparable a la jubilación a los efectos de entender

aplicable, o no, la Directiva y sus protecciones. La conclusión a la que se llega es que, a diferencia de la muerte del empleador persona física (donde no existe intención ni decisión de efectuar despidos, ni el empleador puede llevar a cabo las consultas, para evitar o reducir las extinciones o atenuar sus consecuencias, ni proceder a la notificación a la autoridad laboral de las extinciones, es decir, donde el objetivo de la protección no puede conseguirse calificando como despido colectivo la extinción de los contratos de toda la plantilla), en el supuesto de la jubilación del empleador tales impedimentos no concurren. En efecto, cuando el empresario contempla extinciones de contratos de trabajo con vista a su jubilación puede, en principio, proceder a realizar las acciones clave de esta directiva como son dar información, proceder a las consultas con el objetivo, de reducir o evitar las extinciones, o, al menos de atenuar sus consecuencias, “mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos” (ap. 30).

Tiene razón el TJUE. Del mismo modo que se considerara que las bajas voluntarias inducidas por el empleador deben computar e incluirse como parte de las extinciones que configuran el despido colectivo (STJUE 22 de febrero de 2024, C-589/22: comentada en esta misma revista en el número 3/2024) también en los supuestos de jubilación del empleador persona física el empleador con antelación puede atenuar consecuencias e, incluso, evitar los despidos, sin que el periodo de información y consultas devenga baldío. Baste pensar en que si se superan los umbrales fijados de extinciones, antes de la jubilación se puede hacer sin problemas este periodo de consultas y ofrecer medidas de reconversión, adaptación, o buscar en el seno de dicho periodo, empresas alternativas donde transferir trabajadores o a toda la plantilla, activando la protección del art. 44 ET.

En segundo lugar, se pregunta al TJUE, en el supuesto de que entienda contraria nuestra legislación a la Directiva, si el órgano judicial puede directamente inaplicar la norma nacional específica y proceder a declarar nulos los despidos, es decir, si la obligación de información y consultas es directamente aplicable a una relación entre privados. Conocedor el órgano judicial de la falta de eficacia directa horizontal de las Directivas (son normas dirigidas al Estado y no a los particulares, que solo quedan vinculados por la norma nacional que la traspone) salvo casos excepcionales (empleador público en sentido muy amplio), o cuando existe un principio general directamente aplicable (lo que se predica normalmente de los derechos subjetivos fundamentales) ofrece dos engarces de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE para poder inaplicar la norma a la vista de la imposibilidad de realizar una interpretación conforme del art. 49.1.g ET: el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa del art. 27 y el derecho a una protección en caso de despido injustificado regulado en el art. 30 de la Carta. Para el TJUE ni el art. 1.1 de la Directiva (estableciendo el concepto y los umbrales del despido colectivo), ni el art. 2 de la Directiva (sobre obligación de información y consultas), pueden aplicarse a una controversia entre particulares (ap. 47). Pero tampoco lo son los derechos alegados al tratarse de derechos que se ven necesitados de intervención mediadora de los Estados miembros. Inaplicación a las relaciones entre particulares del art. 27 que, por cierto, ya sabíamos por el famoso asunto *Association de médiation sociale*, C-176/12, de 15 de enero de 2014, aunque resulta novedosa -aunque no por ello menos esperado- respecto al art. 30 de la Carta que dispone que todo trabajador tiene “derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”, de cuya dicción se desprende claramente que, para que produzca plenamente sus efectos, debe ser precisada. En consecuencia, “con independencia incluso de si el incumplimiento de reglas relativas a la información y consulta a los representantes de los trabajadores en caso de despido colectivo como las establecidas en los artículos 1, apartado 1, y 2 de la Directiva 98/59 puede o no estar comprendido en el ámbito de aplicación material del artículo 30 de la Carta y en el concepto de «despido injustificado», en el sentido de dicha disposición, basta con señalar que tales reglas dirigidas a los Estados miembros, que determinan los supuestos en los que debe llevarse a cabo un procedimiento de información y consulta a los representantes de los trabajadores en caso de despido

colectivo, así como los requisitos de fondo y de procedimiento que deben cumplir esa información y consulta, no pueden deducirse, como reglas jurídicas directamente aplicables, del texto del referido artículo 30". En otras palabras, el órgano judicial nacional no puede dejar inaplicada la normativa nacional a pesar de ser contraria a lo dispuesto en los artículos 1, apartado 1, y 2 de la Directiva 98/59/CE. Pero el particular trabajador/a afectado/s sí podrán acudir al sistema de responsabilidad estatal por incumplimiento del Derecho de la UE. Sistema ya declarado en sí mismo contrario al DUE tras procedimiento de incumplimiento incoado por la Comisión Europea contra España (STJUE28-6-2022, asunto C-278/20) y que en su nueva proyectada redacción (art. 32 Ley 40/2015: mediante anteproyecto de Ley de modificación criticado por el CGPJ en su informe de 19 de julio de 2023) sigue planteando problemas para su completa conformidad con la normativa europea.

Vamos, un procedimiento engorroso, incierto y largo, pero que al final del camino debería permitir obtener una reparación económica que difícilmente podrá compararse con la declaración de nulidad. La intervención del legislador deviene urgente en el despido colectivo tras las últimas sentencias europeas que nos obligan a replantear el propio concepto tradicional de despido.

Referencias:

1. ^ Al respecto puede verse NOGUEIRA GUASTAVINO M., "La eficacia de las directivas y la responsabilidad del Estado por su cumplimiento", AAVV., *Derecho Social de la Unión Europea: su aplicación por el Tribunal de Justicia*, BOE editorial, 2023, pp. 171-213,

§ 63 La fecha de la incapacidad permanente incide en la del cese de la obligación de cotizar al RETA.

Antonio V. Sempere Navarro

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

Resumen: El acceso a la pensión de incapacidad permanente (IP) requiere la declaración administrativa de que concurren lesiones que imposibilitan desarrollar la profesión habitual (IP total; IPT) o, incluso, cualquier otra (IP absoluta; IPA). Se discute sobre el momento en que debe desplegar sus efectos la declaración judicial de que existía una IP, en especial cuando el afectado ha seguido abonando las cotizaciones correspondientes a una actividad por cuenta propia. La STS 1060/2024, dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, se centra en los eventuales efectos retroactivos de la estimación de la demanda respecto del deber de abonar las cotizaciones al Régimen Espacial de Trabajadores Autónomos (RETA). Concluye que si una sentencia firme de la jurisdicción social declara que procedía otorgar la IPT a un trabajador autónomo en una determinada fecha, la baja en el RETA debe retrotraerse a dicha fecha a todos los efectos. De ese modo viene a defender la plena eficacia de la sentencia social, firme, declarando que la Seguridad Social le debió reconocer la incapacidad que había solicitado con una determinada fecha.

Palabras clave: Cotización en el RETA. Declaración judicial de incapacidad permanente. Retroactividad.

Abstract: Access to the permanent disability pension (PI) requires the administrative declaration that there are injuries that make it impossible to carry out the usual profession (total PI; IPT) or not even other different ones (absolute IP; IPA). There is discussion about the moment when the judicial declaration that a PI existed should take effect, especially if it has continued to pay the contributions corresponding to a self-employed activity. STS 1060/2024, issued by the Third Chamber of the Court, focuses on the possible retroactive effects of the upholding of the claim with respect to the duty to pay contributions to the Special Regime for Self-Employed Workers (RETA). It concludes that if a final judgment of the labour jurisdiction declares that it was appropriate to grant the IPT, denied in administrative proceedings, to a self-employed worker on a certain date, the withdrawal from the RETA must be retrogressed to that date for all purposes. In this way, he defends the prevalence of the full effectiveness of the social judgment, which is final, declaring that the Social Security should have recognized the disability that he had requested on a certain date.

Keywords: Contribution to the RETA. Judicial declaration of permanent disability. Retroactivity.

I. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección Tercera).

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 1060/2024 de 13 de junio.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 3832/2021.

ECLI:ES:TS:2024:3363

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

Votos Particulares: carece.

II. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Datos básicos del litigio

El supuesto que desemboca en la sentencia ahora estudiada es relativamente frecuente y los antecedentes tampoco poseen excesiva complejidad:

A) Una trabajadora autónoma interesa que se le reconozca en situación de IPT, fracasando en la vía administrativa su pretensión.

B) Disconforme con esa decisión del INSS, la actora presentó la correspondiente demanda ante la jurisdicción social. Mediante su sentencia 196/2017 de 31 de mayo el Juzgado de lo Social número 4 de Palma de Mallorca la estimó y fijó la fecha de efectos de la pensión.

C) Durante la tramitación de su demanda ante el Juzgado de lo Social la trabajadora mantuvo su alta en el Impuesto de Actividades Económicas (IAE) y siguió abonando las cotizaciones al RETA, pero aduce que no desarrolló materialmente la actividad productiva habitual sino que la encomendó a una empleada.

D) La actora mantuvo la titularidad de su negocio y satisfizo las cargas fiscales mientras se tramitaba el procedimiento ante el Juzgado de lo Social. Invocando ese dato, interesó la devolución del importe de sus cotizaciones.

E) El 6 de octubre de 2017 solicitó a la TGSS la baja en el RETA alegando la finalización de la actividad el 9 de julio de 2014. El motivo no era otro que la citada sentencia del Juzgado de lo Social, que había ganado firmeza. Solicitó entonces la baja en la Seguridad Social desde la citada fecha aduciendo que sí había cesado en su trabajo pues asignó su función a su hermana y ella quedó como mera titular del negocio, pese a que siguiera cotizando como autónoma para sostener su derecho a ser acreedora de una prestación.

F) Con fecha 10 de octubre de 2017 la TGSS reconoció a la trabajadora su baja en el RETA, pero con efectos desde el 31 de mayo de 2017 y no desde el 9 de septiembre de 2014.

G) Con fecha 21 de noviembre de 2017 el Director Provincial de la TGSS desestimó el recurso de alzada interpuesto.

H) Agotada la vía administrativa, la interesada activó el procedimiento contencioso administrativo que ahora culmina.

2. Procedimiento ante la Jurisdicción Social

Mediante su sentencia 196/2017, de 31 de mayo, el Juzgado de lo Social número 4 de Palma de Mallorca, declaró en situación de IPT a la accionante, fijando en el 23 de

mayo de 2015 el inicio del devengo de la pensión y en el 9 de julio siguiente la baja en el RETA.

3. Sentencia del Juzgado de lo contencioso

Mediante su sentencia 303/2019 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca estimó el recurso, anuló la resolución de la TGSS recurrida e impuso las costas del juicio a la Administración demandada.

4. Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia

A través de su sentencia 66/2021, de 26 enero, la Sala de lo Contencioso del TSJ de les Illes Balears estima el recurso de apelación interpuesto por la Administración y desestima la demanda de la trabajadora^[1].

Razona que solo el cese material de la actividad desencadena los efectos de la baja. La pretensión de la trabajadora debiera prosperar si así hubiera sucedido en la fecha que ella afirma. Pero la realidad no es esa, toda vez que siguió cotizando y pagando sus impuestos.

El cese material de la actividad no se produjo el 9 de julio de 2014 porque la trabajadora continuó cotizando después, hasta el 30 de abril de 2017, lo que combina con el hecho de que también permaneció de alta en el Impuesto de Actividades Económicas (IAE). Para el TSJ, el ingreso de la cotización acredita suficientemente la continuidad de la actividad, sin que esa conclusión quede ni deslucida ni desmentida por la sentencia del Juzgado de lo Social reconociéndole la IP, que no demuestra el fin de su actividad productiva después del 9 de julio de 2014.

5. Auto de admisión

La Sección de Admisiones de la Sala Tercera (del Tribunal Supremo), mediante su Auto 8258/2022, de 25 de mayo, acordó admitir a trámite el recurso de casación interpuesto por la trabajadora^[2].

Concluye que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si cabe retrotraer los efectos de la baja de un trabajador en el RETA a la fecha establecida en sentencia social firme que declara su IPT, con la particularidad de que concurre la circunstancia de continuar cotizando a la Seguridad Social y de alta en el IAE.

La cuestión jurídica enunciada presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, por concurrir la circunstancia contenida en la letra a) del artículo 88.2 LJCA^[3], así como por concurrir el supuesto de la letra c) del art. 88.2 LJCA^[4]. Se trata de una materia, la fecha de efectos en el RETA previo pronunciamiento de la jurisdicción social en casos de declaración de IPT para la profesión, susceptible de afectar a un gran número de situaciones, sobre la que además en situaciones similares puede dar lugar a sentencias contradictorias, lo que aconseja un pronunciamiento del Tribunal Supremo.

La cuestión que reviste interés casacional se centra en determinar si cabe retrotraer los efectos de la baja de un trabajador en el RETA a la fecha establecida en sentencia de lo social firme que declara su IPT, cuando concurre la circunstancia de continuar cotizando a la Seguridad Social y de alta en el IAE.

III. Posición de las partes

1. Demandante

Mantiene su pretensión invocando varias previsiones normativas: 1ª) Artículo 198.1 LGSS (compatibilidad de la IPT). 2ª) Artículos 1 y 3 del Decreto regulando el RETA y artículo 82 de su Orden de desarrollo. 3ª) Artículo 35.2 del Reglamento de encuadramiento. 4ª) Artículo 222 de la LEC.

Argumenta que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme del Juzgado de lo Social vincula ahora. Además, conforme a diversa doctrina judicial y jurisprudencia, la mera titularidad de una licencia de actividad no implica necesariamente el ejercicio personal de la actividad.

Explica que si al fijar la fecha de efectos la jurisdicción social establece una fecha anterior a la de la propia sentencia -hecho que el trabajador no puede conocer de antemano, resulta lógico que el autónomo reclame la devolución de las cuotas de RETA indebidamente abonadas en exceso desde dicha fecha de efectos, dado que se trataría de cuotas que no cubrirían una contingencia real y que, además, producirían un enriquecimiento sin causa de la TGSS.

También entiende que el problema puede afectar a multitud de personas encuadradas en el RETA que se vean en la necesidad de recurrir a la jurisdicción social para que les sea reconocida una incapacidad permanente. y, como consecuencia, deban seguir pagando las cuotas de autónomo para, precisamente, poder lucrar la prestación solicitada y cumplir el requisito formal de hallarse de alta y al corriente de pago de las cuotas al momento de la fecha de efectos fijada por la jurisdicción social.

2. Administración de la Seguridad Social

La TGSS insiste en el enfoque ya acogido en la vía administrativa: los efectos de la baja deben desplegarse desde el día primero del mes siguiente a aquel en que se hubiese cesado en la actividad determinante de la inclusión en el RETA, dándose el caso de que la recurrente no cesó la actividad el 9 de julio de 2014 porque continuó cotizando después.

IV. Normativa aplicable al caso

1. Ley General de la Seguridad Social

El artículo 198 LGSS ("Compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por incapacidad permanente") dispone en su apartado 1 que en caso de IPT la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la IPT.

2. Reglamento sobre actos de encuadramiento

Mediante RD 84/1996, de 26 de enero, se aprobó el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. Su apartado 2 prescribe que la baja del trabajador producirá efectos desde el cese en la prestación de servicios por cuenta ajena, en la actividad por cuenta propia o, en su caso, en la situación determinante de su inclusión en el Régimen de Seguridad Social de que se trate. Además, añade las siguientes especificaciones:

1.º La solicitud de baja del trabajador extinguirá la obligación de cotizar desde el cese en el trabajo, en la actividad o en las demás situaciones antes indicadas, siempre que se haya comunicado en el modelo o medio oficialmente establecido y dentro de los plazos fijados en el artículo 32.3 de este Reglamento.

2.º En los casos en que no se solicite la baja o ésta se formule fuera del plazo y en modelo o medio distinto de los establecidos, no se extinguirá la obligación de cotizar sino hasta el día en que la Tesorería General de la Seguridad Social conozca el cese en el trabajo por cuenta ajena, en la actividad por cuenta propia o en la situación determinante de la inclusión en el Régimen de Seguridad Social de que se trate.

3.º Cuando la Tesorería General de la Seguridad Social curse la baja de oficio, por conocer el cese en el trabajo, en la actividad o en la situación de que se trate como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por los datos obrantes en la misma o en una entidad gestora o por cualquier otro

procedimiento, la obligación de cotizar se extinguirá desde el mismo día en que se haya llevado a cabo dicha actuación inspectora o hayan sido recibidos los datos o documentos que acrediten el cese en el trabajo por cuenta ajena, en la actividad por cuenta propia o en la situación correspondiente.

4.º No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, los interesados podrán probar, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, que no se inició la actividad en la fecha notificada al solicitar el alta o que el cese en la actividad, en la prestación de servicios o en la situación de que se trate, tuvo lugar en otra fecha, a efectos de la extinción de la obligación de cotizar, sin perjuicio, en su caso, de los efectos que deban producirse tanto en orden a la devolución de las cuotas que resulten indebidamente ingresadas como respecto del reintegro de las prestaciones que resulten indebidamente percibidas, salvo que por aplicación de la prescripción no fuera exigible ni la devolución ni el reintegro.

5.º La mera solicitud de la baja y el reconocimiento de la misma no extinguirá la obligación de cotizar ni producirá los demás efectos de aquélla si continuase la prestación del trabajo o el desarrollo de la actividad o situación correspondiente o cuando, no continuando éstas, el trabajador incidiese en una situación asimilada a la del alta en la que se halle expresamente establecida la subsistencia de la obligación de cotizar.

El artículo 46 está específicamente dedicado a la afiliación, altas y bajas en el RETA. Su número 4, respecto de las bajas dispone en el apartado c) que Cuando, no obstante haber dejado de reunir los requisitos y condiciones determinantes de la inclusión en este régimen especial, el trabajador no solicitara la baja o la solicitase en forma y plazo distintos a los establecidos al efecto, o bien la baja se practicara de oficio, el alta así mantenida surtirá efectos en cuanto a la obligación de cotizar en los términos que se determinan en el artículo 35.2 de este reglamento y no será considerado en situación de alta en cuanto al derecho a las prestaciones.

3. Decreto de 1970

El Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regula el RETA. Su artículo segundo define al sujeto incluido en él como aquel que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas. El apartado tres añade que Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el interesado concurre la condición de trabajador por cuenta propia o autónomo, a efectos de este Régimen Especial, si el mismo ostenta la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.

4. Orden de 1970

La Orden de 24 de septiembre de 1970 por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del RETA. Su artículo 82 dispone que Las pensiones vitalicias otorgadas por este Régimen Especial a causa de la invalidez serán compatibles con el ejercicio de aquellas actividades y trabajos, sean o no lucrativos, compatibles con el estado del inválido, y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión

5. Ley de Enjuiciamiento Civil

En el plano adjetivo, el artículo 222 LEC regula la institución de la cosa juzgada material. Su apartado 4 dispone que Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en 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.

V. Doctrina básica.

1. Diagnóstico del problema suscitado

La TGSS no considera acreditado que la actora cesase en el desempeño de su actividad en la fecha por ella indicada y pone de relieve que los efectos atribuidos a la pensión de IPT tampoco implican que así hubiera sucedido. Por tanto, podría pensarse que debe clarificarse lo realmente acaecido.

Sin embargo, la STS comentada advierte que la cuestión decisiva en este supuesto no es el debate sobre el cese material en la actividad y sobre la situación de alta en el impuesto de actividades económicas, ni el que la recurrente continuase cotizando a la Seguridad Social, sino la existencia de una sentencia firme de la jurisdicción laboral, según la cual la Administración de la Seguridad Social le debió reconocer la incapacidad permanente que había solicitado en la fecha a la que la Sala juzgadora retrotrajo los efectos de tal reconocimiento judicial.

2. Valoración de la conducta cotizante

Especialmente interesante es el modo en que la STS 1060/2024 aborda la realidad sí acreditada: que la actora ha seguido cotizando, abonando los impuestos propios del desarrollo de una actividad económica y siendo titular del negocio abierto al público. Que tras la denegación de su solicitud la actora siguiera cotizando a la Seguridad Social o, incluso, que la Administración no haya considerado acreditado el cese en la actividad aparece como una realidad que “*no es relevante*”, en sus propias palabras.

Seguir abonando las cotizaciones al RETA cuando no se ha conseguido que se reconozca la condición de pensionista de invalidez aparece como la lógica y directa consecuencia “pues es lógico que en tal caso la solicitante deseara seguir cotizando para no perder tiempo de cotización. De lo contrario sería requerir al solicitante un sacrificio injustificado para poder solicitar la tutela judicial efectiva, pues equivaldría a exigirle en caso de recurrir que se arriesgara a perjudicar su futura pensión en el caso de que los tribunales confirmasen la denegación”.

3. Mantenimiento de la actividad autónoma

Si cabe, mayor relevancia podría tener el que la demandante hubiera proseguido el desempeño material de la actividad para la que obtuvo, con efecto retroactivo, una pensión de incapacidad permanente. Se trata de un dato polémico, porque la trabajadora ha desplegado una argumentación (que mantuvo la titularidad del negocio y fue suplida por su hermana) que la sentencia del TSJ no considera concorde con la realidad.

En cuanto al cese en la actividad, la STS examinada adopta una doble línea argumental. Por un lado, advierte que no procede en esta sede casacional discutir la valoración de hechos realizada por la Sala de procedencia, lo que le lleva a orillar el debate acerca de la presunción (respecto de quienes son titulares de un negocio abierto al público) y el modo de desvirtuarla. Por otro lado, relativiza su importancia, de modo que ni siquiera el que se hubiera mantenido efectivamente el trabajo autónomo se cambiaría la doctrina sentada. “*De existir continuidad en la actividad por parte de la recurrente, fue una consecuencia directa de la resolución administrativa contraria a Derecho*”.

4. El efecto positivo de la cosa juzgada

En definitiva, lo que ha de prevalecer es la plena eficacia de una sentencia firme de los tribunales que declaró que la Seguridad Social le debió reconocer la incapacidad que había solicitado con una determinada fecha. No admitir la fecha fijada por el tribunal que enjuició el asunto supone, como dice el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca, rechazar en parte el pronunciamiento de la Jurisdicción social e infringir el efecto de cosa juzgada material de esa sentencia. Cosa distinta son las consecuencias de dicho reconocimiento, como la regularización de las

cuotas abonadas con posterioridad a la fecha en que se le reconoce la incapacidad por la referida sentencia del orden laboral, el abono de las cantidades que correspondan por la incapacidad a partir de dicha fecha u otros efectos que pudieran ser procedentes, pero lo que no resulta discutible es que el reconocimiento de la incapacidad debe retrotraerse con todos sus efectos a la fecha fijada por el tribunal de la jurisdicción laboral.

5. Los efectos de una resolución ilegal

No puede admitirse que una decisión que la jurisdicción competente, en este caso la laboral, ha calificado de contraria a Derecho (la denegación de la incapacidad permanente total) redunde en perjuicio del propio solicitante, como sucedería en el caso de que los efectos de dicho reconocimiento se posterguen a una fecha posterior (el fin de la cotización a la Seguridad Social) como consecuencia de la propia actuación administrativa irregular.

VI. Parte dispositiva

Como consecuencia de los razonamientos desenvueltos, favorables a la estimación de la demanda, la Sala Tercera del Tribunal Supremo:

A) Estima el recurso de casación interpuesto por la trabajadora.

B) Anula la sentencia 66/2021 de 26 enero dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de las Islas Baleares en el recurso de apelación 63/2020.

C) Desestimar el mencionado recurso de apelación, interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social.

D) Deja incólume la sentencia de 21 de octubre de 2021 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca en el recurso ordinario 162/2018.

E) No imponer las costas de los recursos de casación y de apelación^[5].

VII. Pasajes decisivos

El breve Fundamento de Derecho Cuarto es el que condensa la doctrina sentada, en los siguientes términos:

En respuesta a la cuestión de interés casacional declaramos que si una sentencia firme de la jurisdicción social declara que procedía otorgar la incapacidad permanente total, denegada en vía administrativa, a un trabajador autónomo en una determinada fecha, la baja en el régimen propio de la Seguridad Social (RETA) debe retrotraerse a dicha fecha a todos los efectos.

VIII. Comentario

1. La cosa juzgada como argumento excluyente

La contundencia que la STS comentada imprime a su doctrina aconseja que no la escindamos sino que quede afirmada en la línea de esta rúbrica: si una sentencia firme, del orden social (aunque ello parece irrelevante) ya ha fijado los efectos de una pensión de IPT, solo cabe extraer y aplicar las consecuencias propias de ello.

A) El alcance del artículo 222 LEC ha sido múltiples veces abordado por la jurisdicción social^[6], inclinándose también por un criterio flexible respecto del alcance con que han de interpretarse, aplicarse y apreciarse las identidades a que se refiere el mencionado precepto. Esta concepción amplia de la cosa juzgada deriva de la aplicación de los criterios de la LEC al enumerar las identidades que han de concurrir entre el primero y el segundo litigio pues ha mitigado el rigor en la apreciación de las identidades, con especial incidencia en la subjetiva.

B) La aplicación del efecto de la cosa juzgada no precisa que el nuevo pleito sea una exacta reproducción de otros anteriores, sino que, pese a la ausencia de alguna de las identidades basta con que no produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionando y prejudicial de la resolución que ha de dictarse en el nuevo juicio pues no cabe duda que los hechos sentados en el primitivo proceso son vinculantes en el segundo, toda vez que si pudieran discutirse los ya firmes, equivaldría a poder revisar subrepticamente la ejecutoria^[7]. 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 excluiría el segundo proceso, sino que para el efecto positivo es suficiente 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 excluya el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado.

C) La cosa juzgada es una proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, exigiendo que las resoluciones judiciales tengan la eficacia que supone la ejecución en sus propios términos y el respeto a la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas^[8].

D) Con mayor motivo se impone esa flexibilidad al aplicarse a una relación como la de pertenencia al sistema de Seguridad Social, de tracto sucesivo y susceptible de planteamientos plurales, de manera que no ha de excluirse el efecto de cosa juzgada material por el hecho de que en los procesos puestos en comparación se hayan ejercitado acciones distintas.

E) En definitiva, se trata del llamado "efecto positivo" de la cosa juzgada, que se configura como una especial vinculación que, en determinadas condiciones, se produce entre dos sentencias, en virtud de la cual, lo decidido por la resolución dictada con carácter firme en el primer proceso vincula la decisión que ha de adoptarse en la segunda cuando la primera decisión actúa como elemento condicionante de carácter lógico o prejudicial en la segunda. Por tanto, lo importante es la conexión de las decisiones; no la identidad de objetos, que por definición no podría producirse.

F) Sin embargo, el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, según reiterada jurisprudencia, impide a los Tribunales de Justicia pronunciarse de nuevo sobre un asunto ya resuelto por sentencia firme. Por ello exige que entre el caso resuelto por la primera sentencia y el planteado de nuevo en un posterior proceso, concurre identidad objetiva y extiende sus efectos no solo a las partes del proceso en que se dicta la sentencia firme, sino también a sus herederos y causahabientes y a los sujetos, no litigantes, titulares, por sucesión del objeto debatido en el proceso.

2. La sede natural del debate principal

La STS comentada se remite al criterio sentado por la sentencia del Juzgado de lo Social que fijó los efectos de la declaración de IPT. Conclusión clara de la doctrina ahora aculada por el orden contencioso es que en tal litigio es donde ha de cuestionarse la fecha de cese de la actividad productiva, pues de ello depende el momento en que comienza a percibirse la pensión.

Consecuencia indirecta para la Administración de la Seguridad Social es también la de que al hilo del debate sobre el derecho a percibir una pensión de incapacidad permanente es cuando hay que fijar el momento en que se ha cesado efectivamente en el desempeño de la actividad productiva.

3. El onus probandi del INSS en casos análogos

Debe recordarse ahora la jurisprudencia social conforme a la cual cuando se accede a la situación de incapacidad permanente total sin existir un previo proceso de incapacidad temporal, la fecha de inicio de los efectos económicos es la del dictamen de la UVMI o del EVI, sin que el hecho de haber permanecido de alta en el RETA altere esta solución, salvo que se pruebe la realización de trabajos e ingresos incompatibles con la prestación^[9].

Contrariamente a lo propugnado por la Administración, la jurisprudencia considera que, cuando se trata de trabajadores por cuenta propia, y salvo supuestos acreditados de conductas fraudulentas, el simple mantenimiento de la afiliación y la consecuente cotización, no puede entenderse sin más como una presunción de que se realiza esa actividad autónoma, y menos aún que la misma proporcione al asegurado recursos económicos suficientes para la subsistencia, máxime si se tiene en cuenta que una hipotética baja voluntaria, con el correlativo cese de la cotización, antes de obtener con carácter definitivo la declaración de IPT, podría conllevar perjuicios para el interesado, de difícil o imposible reparación, porque le supondría carecer de los requisitos generales e imprescindibles de la afiliación y el alta exigidos por el art. 124.1 de la LGSS, condicionadamente eximidos solo para las situaciones de incapacidad permanente absoluta (no para la IPT) por el art. 138.3 de la propia LGSS y, en particular para los regímenes especiales, por su disposición adicional octava.

Por tanto, en el caso de los autónomos, sobre todo cuando no existe constancia alguna de que la persona asegurada hubiera permanecido en IT durante el período en cuestión, habrá de ser el INSS el que acredite que, a pesar de que el dictamen del EVI a favor del reconocimiento de la IP ya presupone una imposibilidad cuasi objetiva de que aquella se encontraba incapacitada para desempeñar su actividad habitual, realmente la seguía ejerciendo y que, además, obtuvo de ello rentas suficientes como para considerarlas incompatibles con la prestación postulada, prueba ésta última a la que la entidad gestora, probablemente, podría acceder con facilidad a través de los datos fiscales de la beneficiaria.

4. El onus probandi en este tipo de casos

La jurisprudencia social unificada, en línea con lo recién recordado, sostiene que la fecha de efectos de la prestación, cuando el beneficiario se encuentra en alta en el RETA, no ha cursado proceso previo de incapacidad temporal y la invalidez se reconoce por primera vez en sentencia habiendo sido negada por resolución administrativa, se fija en la fecha del reconocimiento del EVI, no habiendo acreditado el INSS la prestación de trabajos incompatibles durante el periodo reclamado posterior a esa fecha^[10].

El orden contencioso, con arreglo a la STS glosada, no puede revisar el momento en que despliega sus efectos la pensión de IPT obtenida por quien desarrollaba su actividad por cuenta propia. La persistencia de la cotización tampoco conlleva prueba de que se ha seguido desempeñando la actividad productiva que la genera.

En ambos casos se parte de una misma base: que se haya seguido cotizando por parte de quien vio denegada la solicitud de pensión de IP no implica que materialmente haya desempeñado la actividad productiva que conlleva su alta en el RETA. Salvo supuestos acreditados de conductas fraudulentas, el simple mantenimiento de la afiliación y la consecuente cotización, no puede entenderse sin más como una presunción de que se realiza esa actividad autónoma, y menos aún que la misma proporcione al asegurado recursos económicos suficientes para la subsistencia.

IX. Apunte final

La STS-CONT 1060/2024 aborda una cuestión que bien pudiera haber desembocado en los Juzgados de lo Social. Su virtualidad práctica no es poca pues: 1º) Unifica respuesta judicial al tema planteado. 2º) Advierte a quién corresponde la carga de acreditar que se sigue desempeñando actividad productiva mientras se tramite un procedimiento judicial de incapacidad permanente. 3º) Aplica de manera impecable el efecto positivo de la cosa juzgada. 4º) Llama a la Administración de la Seguridad Social (INSS y TGSS, en especial) a trasladar al pleito sobre incapacidad permanente la discusión sobre sus efectos temporales. 5º) Anuda la retroactividad de la pensión a la del cese del deber de cotizar si no se acreditó que la persona autónoma siguió desarrollando su actividad. 6º) Inclina a mantener una visión integral

de la relación de Seguridad Social sin escindir el aspecto prestacional y los deberes de cotizar.

Referencias:

1. ^ Es Ponente el Magistrado Pablo Delfont Maza; ECLI:ES:TSJBAL:2021:51.
2. ^ Es Ponente el Magistrado José Luis Requero Ibáñez. ECLI:ES:TS:2024:8258A.
3. ^ *Conforme a dicho precepto, el Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo cuando la resolución que se impugna fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.*
4. ^ *A tenor de esta apertura del artículo 88.2 LJCA, el Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo cuando la resolución que se impugna afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso.*
5. ^ *Según lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA no procede hacer especial pronunciamiento de costas en la casación, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia. En cuanto a las costas de la apelación y de acuerdo con lo previsto en el artículo 139.1 de la citada Ley, tampoco se imponen por las dudas de Derecho concurrentes, al haber sido casada la sentencia impugnada.*
6. ^ *Por todas, STS 318/2023 de 16 abril (rcud. 1557/2020).*
7. ^ *STS de 9 de diciembre de 2010 (rcud. 46/2009)*
8. ^ *SSTC 190/1999; 58/2000; 135/2002; 200/2003 y 15/2006.*
9. ^ *STS 554/2016 de 22 junio (rcud. 353/2015) y las en ella citadas.*
10. ^ *SSTS de 23 julio 2015 (rcud. 2034/2014) y 164/2018 de 15 febrero (rcud. 1936/2016).*

- § 64 Despido disciplinario de trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijo tras registro de su bolso sin cumplir con las exigencias del artículo 18 del ET: es nulo y no improcedente en virtud del artículo 55.5.b) del ET.

Belén García Romero

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

Resumen: Despido disciplinario de trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijo. La ineficacia probatoria del registro del bolso llevado a cabo vulnerando el artículo 18 del ET hubiera conllevado la calificación del despido como improcedente. No obstante, al tratarse de una trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijo menor, procede declarar la nulidad automática del despido por aplicación del artículo 55.5.b) del ET.

Palabras clave: Despido disciplinario. Transgresión de la buena fe. Ineficacia probatoria del registro. Trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijo. Calificación del despido. Nulidad automática.

Abstract: Disciplinary dismissal of a worker with reduced working hours to care for a child. The evidentiary ineffectiveness of the search of the bag carried out in violation of article 18 of the ET would have led to the classification of the dismissal as unfair. However, since this is a worker with reduced working hours to care for a minor child, the dismissal should be declared automatically null and void by application of article 55.5.b) of the ET.

Keywords: Disciplinary dismissal. Breach of good faith. Evidentiary ineffectiveness of the record. Worker with reduced working hours for childcare. Qualification of the dismissal. Automatic nullity.

I. Introducción

En esta interesante sentencia se revisa la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo sobre la importancia de cumplir con los requisitos de forma del despido y con las garantías de eficacia en la obtención de la prueba de la irregularidad cometida por la persona trabajadora, mediante el registro de su persona o de sus efectos personales, ex artículo 18 del ET, ya que, cuando el trabajador se encuentra en alguna de las circunstancias definidas en el artículo 55.5 del ET como causas objetivas de nulidad, como sucede en este litigio, la ineficacia de la prueba del incumplimiento laboral (en este caso, el hurto de productos de la empleadora) tiene como consecuencia no la improcedencia del despido, sino su nulidad.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: STS-SOC núm. 874/2024, de 5 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 5761/2022.

ECLI: ES:TS:2024:3062.

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

La controversia planteada reside en determinar si el registro del bolso de una trabajadora como consecuencia de haber sonado la alarma del sensor antihurtos, sin presencia de un representante legal de los trabajadores, ni de otro trabajador, es ilícito y, en caso afirmativo, las consecuencias jurídicas que tendría sobre la calificación del despido disciplinario en el supuesto de que la afectada sea una trabajadora que se encontraba en situación de reducción de jornada por cuidado de hijo menor.

2. Hechos y Antecedentes

Los hechos más relevantes del presente litigio son los siguientes:

- La demandante prestaba servicios para el Corte Inglés S.A. y disfrutaba de una reducción de jornada por cuidado de hijo menor.
- El día 7 de enero de 2020, cuando finalizaba su jornada laboral y se disponía a abandonar el centro comercial por la puerta de salida del personal, a su paso por las antenas antihurtos, sonó la alarma.
- Un vigilante de seguridad le requirió para la correspondiente verificación. Llevaba en el bolso cuatro artículos que no había abonado.
- La empresa despidió disciplinariamente a esta trabajadora. Esta última formuló demanda por despido, que fue desestimada en la instancia, por sentencia del Juzgado de lo Social de Huelva, de 20 de octubre de 2020, que declaró que el cese de la trabajadora debía ser calificado como despido procedente, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación.
- La actora interpuso recurso de suplicación y el TSJ de Andalucía (sede en Sevilla) dictó sentencia número 2859/2022, de 26 de octubre (recurso 272/2021) en la que estimó el recurso de suplicación y declaró la nulidad del despido. El TSJ argumenta que el registro del bolso carece de valor probatorio, al haberse hecho sin presencia de otra trabajadora ni de un representante de los trabajadores. Además, tiene en cuenta la antigüedad de la trabajadora y sus condiciones personales, así como la ausencia de perjuicio económico para la empleadora.
- Frente a dicha sentencia, la empresa interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina.

IV. Posición de las partes

1. La parte demandada- la empresa- interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina en el que denuncia infracción del artículo 18 del ET. Estima que no se produjo ningún registro en los enseres de la trabajadora, sino que saltaron las alarmas de seguridad y la trabajadora accedió voluntariamente a mostrar el contenido de su bolso.

Como sentencia de contraste invoca la dictada por el TSJ de Cataluña 6486/2028, de 11 de diciembre (recurso 5552/2018). En ella, la trabajadora prestaba servicios para la empresa con una antigüedad de más de 15 años. Cuando finalizó uno de sus turnos sonaron los arcos del torno de salida. El vigilante de seguridad y el auxiliar de seguridad le preguntaron si llevaba algún producto que hiciera sonar la alarma y la actora sacó de su bolsillo varios artículos. Le indicaron que entrara en la garita y observaron que debajo de la chaqueta que la actora llevaba doblada en la mano había varios productos. No estaba presente ningún representante de los trabajadores. La empresa la despidió disciplinariamente.

La sentencia referencial argumenta que la voluntariedad en la exhibición y las manifestaciones evidencian que la inexistencia de representante legal durante la práctica del registro consentido no vicia la validez de la prueba y declara la procedencia del despido disciplinario.

2. La parte actora presentó escrito de impugnación del recurso en el que niega que concurra el requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial y solicita la confirmación de la sentencia.

3. El Ministerio Fiscal dictó informe favorable a la estimación del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

Las principales normas aplicables al caso son: de un lado, las que regulan las actividades de Seguridad Privada, dada la externalización de las tareas de vigilancia y control de la empresa (Ley 5/2014, de 4 de abril y su reglamento de desarrollo) y, de otro, las normas específicamente laborales relativas a la vigilancia y control de la prestación laboral (art. 20 del ET), al régimen de registros de la persona del trabajador o de sus efectos personales (art. 18 del ET) y a la calificación del despido disciplinario (art. 55 ET, apartados 3, 4, 5.b).

- La Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada establece:

"Art. 5.1. Constituyen actividades de seguridad privada las siguientes: a) La vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto públicos como privados, así como de las personas que pudieran encontrarse en los mismos. [...] 2. Los servicios sobre las actividades relacionadas en los párrafos a) a g) del apartado anterior únicamente podrán prestarse por empresas de seguridad privada [...]"

"Art. 26.1. Únicamente puede ejercer funciones de seguridad privada el personal de seguridad privada, que estará integrado por los vigilantes de seguridad [...]"

"Art. 32.1. 1. Los vigilantes de seguridad desempeñarán las siguientes funciones: c) Evitar la comisión de actos delictivos o infracciones administrativas en relación con el objeto de su protección, realizando las comprobaciones necesarias para prevenirlos o impedir su consumación, debiendo oponerse a los mismos e intervenir cuando presenciaren la comisión de algún tipo de infracción o fuere precisa su ayuda por razones humanitarias o de urgencia. d) En relación con el objeto de su protección o de su actuación, detener y poner inmediatamente a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes a los delincuentes y los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, así como denunciar a quienes cometan infracciones administrativas. No podrán proceder al interrogatorio de aquéllos, si bien no se considerará como tal la anotación de sus datos personales para su comunicación a las autoridades".

- El art. 76 Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, dispone:

"Art. 76. Prevenciones y actuaciones en casos de delito. 1. En el ejercicio de su función de protección de bienes inmuebles, así como de las personas que se encuentren en ellos, los vigilantes de seguridad deberán realizar las comprobaciones, registros y prevenciones necesarias para el cumplimiento de su misión. 2. No obstante, cuando observaren la comisión de delitos en relación con la seguridad de las

personas o bienes objeto de protección, o cuando concurren indicios racionales de tal comisión, deberán poner inmediatamente a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los presuntos delincuentes, así como los instrumentos, efectos y pruebas de los supuestos delitos”.

- Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre): arts. 18, 20 y 55, apartados 3, 4 y 5.

“Art. 18. Solo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible”.

“Art. 20.3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”.

“Art. 55.

[...]

3. El despido será calificado como procedente, improcedente o nulo.

4. El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1.

5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora.

Será también nulo el despido, en los siguientes supuestos:

a) [...]

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las personas trabajadoras víctimas de violencia de género o de violencia sexual, por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

c) [...]

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

(...)

VI. Doctrina básica

La Sala recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la intimidad en la relación laboral, así como su propia doctrina relativa al régimen de registros del artículo 18 del ET.

Así, por una parte, trae a colación su STS de 26 de septiembre de 2007 (recurso 966/2006), en la que, en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional, explicó que el derecho a la intimidad debe respetarse en el marco de las relaciones laborales, por lo que “[...] determinadas formas de control de la prestación de trabajo pueden resultar incompatibles con ese derecho, porque, aunque no se trata de un derecho absoluto y puede ceder, por tanto, ante “intereses constitucionalmente relevantes”, para ello es preciso que las limitaciones impuestas sean necesarias para lograr un fin legítimo y sean proporcionadas para alcanzarlo y respetuosas con el contenido esencial del derecho”. (STSC 142/1993, 98/2000 y 186/2000).

En relación con los registros realizados por el empresario, revisa los aspectos más relevantes de su doctrina, de la que destacan los siguientes razonamientos:

- El régimen de registros del artículo 18 del ET constituye una excepción al régimen ordinario que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 545 y siguientes).
- Tanto la persona del trabajador como sus efectos personales (incluido su vehículo^[1], aunque no los medios informáticos puestos a su disposición para la ejecución de la prestación laboral^[2], forman parte de la esfera privada de aquel y quedan fuera del ámbito de ejecución del contrato de trabajo al que se extienden los poderes del artículo 20 del ET.
- La presencia de un representante de los trabajadores o de un trabajador de la empresa no se relaciona con la salvaguarda del derecho fundamental a la intimidad del trabajador registrado, sino que se trata de una garantía de objetividad y eficacia de la prueba.

VII. Parte dispositiva

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo adopta la decisión siguiente:

1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por El Corte Inglés SA.

2.- Confirmar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla 2859/2022, de 26 de octubre (recurso 272/2021).

3.- Condenar a la parte recurrente al pago de las costas de su recurso en la cantidad de 1.500 euros. Se acuerda la pérdida del depósito y el mantenimiento de la consignación efectuada para recurrir.

VIII. Pasajes decisivos

Los pasajes más relevantes se encuentran recogidos en el Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia:

QUINTO.- 1.- (...) la exigencia de que en el registro esté presente un representante de los trabajadores o un trabajador de la empresa no se relaciona con la protección de la intimidad del trabajador registrado. El art. 18 del ET exige la presencia de una persona más (un representante de los trabajadores u otro trabajador) en el registro de los efectos personales del trabajador. Incrementar el número de personas que presencian ese registro, que puede incluir a otro trabajador cualquiera de la empresa, evidencia que no trata de salvaguardar el derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 de la Constitución. Esta Sala ha indicado que el art. 18 del ET establece una garantía de la objetividad y eficacia de la prueba: que esté presente un tercero distinto de la empresa y el trabajador implicado.

2.- En este pleito se declara probado que, cuando sonó la alarma, el vigilante de seguridad comprobó que la trabajadora llevaba dentro de su bolso varios artículos que no había abonado. El bolso de una trabajadora es un efecto particular suyo a los efectos de la garantía del art. 18 del ET. No había ningún impedimento para que el registro se realizase en presencia de un representante legal de los trabajadores o de

otro trabajador de la empresa, lo que le hubiera dotado de mayores garantías de objetividad y eficacia. No se ha alegado razón alguna que justifique el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 18 del ET.

Dicho incumplimiento conlleva que esa prueba no puede desplegar efectos probatorios en orden a la calificación como procedente del despido disciplinario. Por consiguiente, la ineficacia probatoria del registro del bolso llevado a cabo vulnerando el art. 18 del ET hubiera conllevado la calificación del despido como improcedente. Al tratarse de una trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijo menor, por aplicación del art. 55.5.b) del ET procede ratificar la sentencia recurrida, que confirmó la declaración de nulidad del despido.

IX. Comentario

En el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo considera que concurre el presupuesto procesal de contradicción para su admisión a trámite. Así, en ambos litigios sonaron las alarmas de los arcos de seguridad de unos supermercados cuando sendos trabajadores salían del centro de trabajo. Los vigilantes de seguridad miraron el bolso de la trabajadora (en la sentencia recurrida) y debajo de la chaqueta (en la sentencia referencial) y encontraron varios productos del empleador que no habían sido abonados en caja. En ninguno de los casos estaba presente un representante de los trabajadores ni otro trabajador de la empresa. La sentencia recurrida (dictada por el TSJ de Andalucía 2859/2022, de 26 de octubre, recurso 272/2021) declaró el despido nulo mientras que la de contraste (dictada por el TSJ de Cataluña 6486/2918, de 11 de diciembre, recurso 5552/2018) lo declaró procedente. Tanto en la sentencia recurrida como en la referencial hay una identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y sin embargo se han dictado pronunciamientos contradictorios que deben ser unificados.

La Sala comienza observando que el registro del bolso de la trabajadora no se llevó a cabo por ningún empleado de la empresa demandada sino por un vigilante de seguridad de una empresa contratada por la empleadora.

Por ello, examina la Ley 5/2014, de 4 de abril de Seguridad Privada, en especial los preceptos referidos a las actividades de seguridad privada y a las funciones de los vigilantes de seguridad (arts. 5, 26.1 y 32.1), así como el artículo 76 del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre (sobre prevenciones y actuaciones en casos de delito).

Ahora bien, como señala el Alto Tribunal, la externalización de la actividad de vigilancia de la empresa demandada no impide el cumplimiento de las garantías recogidas en el artículo 18 del ET.

En aplicación de su propia doctrina, la Sala recuerda que la exigencia de que en el registro esté presente un representante de los trabajadores o un trabajador de la empresa, esto es, un tercero distinto de la empresa y el trabajador implicado, no se relaciona con la protección de la intimidad del trabajador, sino que supone una garantía de objetividad y de eficacia de la prueba.

A continuación, la Sala razona que en este pleito se declara probado que, cuando sonó la alarma, el vigilante de seguridad comprobó que la trabajadora llevaba dentro de su bolso varios artículos que no había abonado. Afirma que el bolso de una trabajadora es un efecto particular suyo a efectos de la garantía del art. 18 del ET. Constata que no había ningún impedimento para que el registro se realizase en presencia de un representante legal de los trabajadores o de otro trabajador de la empresa, lo que le hubiera dotado de mayores garantías de objetividad y eficacia, ni tampoco se ha alegado razón alguna que justifique el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 18 del ET.

Dicho incumplimiento conlleva que la prueba del acto ilícito cometido por la trabajadora no pueda desplegar efectos probatorios en orden a la calificación como procedente del despido disciplinario. Por consiguiente, la ineficacia probatoria del

registro del bolso llevado a cabo vulnerando el artículo 18 del ET hubiera conllevado la calificación del despido como improcedente. Sin embargo, al tratarse de una trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijo menor, por aplicación del art. 55.5.b) del ET procede ratificar la sentencia recurrida, que confirmó la declaración de nulidad del despido.

Así pues, en el presente caso, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina y confirma la sentencia recurrida.

X. Apunte final

Estamos ante un supuesto claro de transgresión de la buena fe contractual por parte de una trabajadora que hurta algunos productos de su empleadora. Este hecho supone un incumplimiento contractual sancionable con el despido disciplinario. Ahora bien, la prueba del incumplimiento laboral grave que motiva el cese, debe hacerse observando las garantías de objetividad y eficacia que establece el artículo 18 del ET: que esté presente un tercero distinto de la empresa y el trabajador implicado. De cumplirse con esta exigencia, el despido habría sido declarado procedente.

El incumplimiento de los requisitos de forma o de las garantías aplicables para la obtención de la prueba son causa de la ineficacia la misma, lo que llevaría a la calificación de la improcedencia del despido (art. 55.4 ET). Sin embargo, en ciertas situaciones como el embarazo o el ejercicio de los derechos de conciliación, entre otros supuestos definidos por el art. 55.5, letras a), b) y c) del ET, el Estatuto de los Trabajadores estipula claramente que un despido puede calificarse exclusivamente como procedente o nulo. Así, de acuerdo con el artículo 55.5 del ET, último apartado, “Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”.

En este caso, la despedida era una trabajadora que había solicitado una reducción de jornada por cuidado de hijo al amparo del artículo 37.6 del ET y que comete una falta laboral sancionable con el despido disciplinario. De haberse cumplido con los requisitos de forma y con las garantías de objetividad exigidas por la legislación laboral en la obtención de la prueba (art. 18 del ET), el despido podría haber sido calificado como procedente, ya que quedaría acreditado que el motivo del despido no estaba relacionado con el ejercicio del derecho a los permisos de conciliación señalados. Sin embargo, la ineficacia de la prueba obtenida, determina que el despido sea calificado como objetivamente nulo.

Referencias:

1. ^ STS de 11 de junio 1990.
2. ^ STS de 26 septiembre 2007, recurso 966/2006.

§ 65 Control empresarial del uso del crédito horario y ausencia de vulneración del derecho de libertad sindical.

Francisco A. Vila Tierno

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

Resumen: La sentencia comentada concluye, como doctrina unificada, que no constituye lesión de la libertad sindical que la empresa requiera una genérica justificación del fin a que se ha aplicado el crédito horario (asamblea, reunión, formación, congreso, etc.), dejando de abonar el salario del tiempo que queda sin justificar, aunque sin adoptar medida sancionadora ni impedir su disfrute.

Palabras clave: Libertad sindical. Libertad de asociación. Crédito horario. Control de la actividad laboral.

Abstract: La sentenza in esame conclude, come dottrina unitaria, che non costituisce una violazione della libertà sindacale il fatto che l'azienda richieda una giustificazione generica della finalità per la quale è stato applicato il credito di tempo (assemblea, riunione, formazione, congresso, ecc.), senza corrispondere la retribuzione per il tempo che rimane ingiustificato, pur senza adottare un provvedimento sanzionatorio o impedirne l'utilizzo.

Keywords: Libertà sindacale. Libertà di associazione. Credito per l'orario di lavoro. Controllo dell'attività lavorativa.

I. Introducción

Debe recordarse que el art. 68 ET reconoce, en su apartado e), el derecho de los representantes legales o unitarios al disfrute de un crédito horario cuya finalidad no es otra que permitir el desarrollo de las funciones propias de su actividad representativa. Dicho de otro modo, se trata de la concesión de un permiso retribuido para el ejercicio de sus “funciones sindicales o de representación de personal” (art. 37.3 e) ET).

A tal fin, se dispone una escala con un número de horas en función de la plantilla. Un número de horas que responde a la necesidad de dar cobertura a las tareas que se incluyen entre las funciones definidas en el art. 64 ET -STS de 17 de junio de 2002 (RJ 2002, 7908).

Tal derecho, por tanto, que viene condicionado a su elección como representante, tiene una configuración legal, si bien, no se puede separar, de un modo absoluto, del derecho de libertad sindical. En cualquier caso, la relación entre ambas esferas, esto es, entre la naturaleza legal y constitucional del derecho que se ejercita por la persona que ostenta la condición de representante, no es una cuestión que pueda tener una lectura única y, en parte, merece un comentario en las reflexiones que a continuación se desarrollan.

Sea como fuere, aún más si la labor representativa y los instrumentos que se facilitan para ello se vinculan con el contenido del derecho de libertad sindical, implican un grado de tutela que permita el ejercicio del derecho de manera plena. En este sentido, el disfrute de las facultades, prerrogativas o garantías que se desprendan de aquel, deberían hacerse de un modo amplio y flexible, evitando, en la medida de lo posible, la interferencia o intromisión de la parte empresarial, en tanto que resulta ajena a un derecho cuya titularidad exclusiva -y excluyente- es de la parte social.

Ello ha llevado a que cuando una persona trabajadora, elegida como representante unitaria, ha utilizado su crédito horario para el desarrollo de las funciones que les son propias, la doctrina y jurisprudencia ha sido flexible al considerar qué tipo de actuaciones se encuentran reguladas dentro del ámbito del mismo^[1] cabiendo todas aquellas que de un modo directo o indirecto se relacionen con la representación en la empresa^[2]. Entre las mismas cabría considerar aquellas actividades que se desarrollan bajo la genérica denominación de “horas sindicales”^[3]. La duda que se plantea, y que pretende resolver esta resolución judicial, es hasta qué punto puede el empleador cuestionar esa presunción de uso regular del crédito horario mediante la exigencia de justificación sobre el tiempo dedicado a ese fin. Y en qué medida ello puede suponer una vulneración, en su caso, del derecho de libertad sindical.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: STS-SOC núm. 903/2024, de 11 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCU núm. 472/2021.

ECLI:ES:TS:2024:1252

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema que se suscita es bien simple, reconducible al siguiente esquema que se resume en dos puntos clave:

1. Reconocimiento del derecho al crédito horario

En el ámbito de esta empresa, cuando los representantes legales de los trabajadores comunican que van a hacer uso de su crédito horario, no se les niega el permiso. Esto es, no se le impide su actividad representativa que pueden seguir desarrollando, si bien, a partir de determinada fecha se condiciona la percepción de abono de salario de las horas dedicadas a las tareas representativas, a la justificación de las mismas.

2. Exigencia de justificación del uso del crédito horario

Como se ha señalado, a partir de una fecha determinada, la dirección de la empresa exige la justificación del uso de las horas destinadas al crédito horario. Justificación que requiere independientemente de las siglas bajo las que actúe el concreto representante: “la empresa emite un comunicado poniendo de relieve la necesidad de indicar genéricamente el tipo de actividad que va a asignarse el tiempo interesado (asamblea, congreso, reunión, etc.)”. A estos efectos, si no concurre la justificación solicitada, no se afecta al disfrute de las horas, pero sí a su retribución. De este modo, cuando la demandante comunica 70,50 horas de crédito horario, la empresa no procede a su abono por entender que no se ha concretado la justificación

exigida y las considera, por tanto, ausencias sin justificar que no son objeto de sanción, pero sí de merma de retribución por el período no trabajado.

De manera muy gráfica queda señalado en el texto de la sentencia: "A diferencia de lo que acaece en la mayoría de los supuestos que han propiciado el surgimiento de nuestra doctrina sobre el tema, aquí no hay sanción. Lo que hace la empleadora es considerar las injustificadas como ausencias no generadoras de permiso remunerado y entender que no se ha devengado la remuneración correspondiente a ese tiempo.

Tampoco estamos ante un veto u obstáculo frontal al desempeño de actividades sindicales durante las horas litigiosas pues lo sucedido es que las horas reclamadas por la accionante "no se le han abonado pero no se le ha denegado ninguna hora" (HP Cuarto).

En resumen: cuando se aporta la justificación genérica pedida por la empresa (como han hecho otros trabajadores; HP Quinto) la empresa abona el permiso y sucede lo contrario si la justificación dada para la ausencia es equivalente a la reiteración de la hipótesis legal ("funciones de representación").

Esa, y no otra cuestión [...] es la que debemos solventar. Y además, desde la perspectiva propia de la modalidad procesal elegida: la de vulneración de la libertad sindical".

En síntesis, el problema suscitado se concreta en una cuestión básica y otras anexas: ¿es posible exigir a un representante unitario que justifique a qué ha dedicado las horas comunicadas como crédito horario? ¿Y tiene ello transcendencia constitucional? ¿afecta al derecho fundamental de Libertad Sindical?

La respuesta a estos interrogantes se estructura, en la presente sentencia, de un modo claro. De una parte, se entiende que la exigencia de justificación, por los motivos que más adelante se concretan, es válida, pero, de otra, no entra a valorar la conexión entre el problema de legalidad ordinaria y su posible transcendencia constitucional, pero porque es algo que no es objeto de cuestionamiento en este proceso. De hecho, lo que se plantea es una íntima conexión entre representación legal y derecho de Libertad Sindical que, no obstante, entendemos que podría razonar una reflexión sobre este particular, ya que, si el fallo hubiera sido contrario, la exigencia de justificación respecto de las horas derivadas del art. 68 e) ET sí se habría considerado una vulneración de aquel derecho. Es esencial, por tanto, analizar el paralelismo entre representación legal y representación sindical, así como las garantías que se aplican en uno y otro caso. Hasta tal punto es así que el objeto del proceso es el de vulneración de derechos fundamentales, de cognición limitada, lo que evita un pronunciamiento distinto o más extenso de lo que supone este estricto y concreto debate judicial.

IV. Posición de las partes

El Fundamento Jurídico Cuarto resulta absolutamente clarificador para fijar la posición de las partes. Del mismo se desprende que:

a) La demandante, delegada de personal en la empresa por la organización sindical CIG, impugna la decisión empresarial de exigir la justificación del uso del crédito horario y la aplicación posterior de los efectos consiguientes cuando considera que ésta no se ha producido. "La cuestión que se plantea consiste en dilucidar si el preaviso y la justificación del uso del crédito horario exigido por la empresa constituye una vulneración de los arts. 37 y 68ET y, en consecuencia, de la libertad sindical de la recurrente".

b) Por su parte, la empresa, CONTACTNOVA S.L, entiende que la justificación genérica que aporta la representante unitaria, se limita a reproducir el tenor legal "para el ejercicio de las funciones como delegado de personal al amparo del derecho de libertad sindical", mientras que lo que se ha exigido es especificar la concreta

naturaleza de la actuación a desarrollar en el marco de aquella. Esto es, si se trata de una reunión, de un curso, etc.

El Ministerio fiscal entiende que no se vulnera el derecho de libertad sindical, en tanto que razona que solo una exigencia excesivamente rigurosa y estricta de la actividad desarrollada podría entender una limitación de la libertad de la demandante para el desarrollo de su actividad sindical.

V. Normativa aplicable al caso

Siguiendo la lógica ordenada del ponente en sus resoluciones, de un claro matiz pedagógico, el Fundamento Jurídico Primero, en su apartado cuarto, relaciona los principales preceptos aplicables invocados en el recurso, con el objeto de facilitar la comprensión del razonamiento argumental de la resolución. En cualquier caso, debemos sumar a los mismos, algún otro que de manera instrumental se refiere en la sentencia para alcanzar el fallo. La relación de preceptos es, por tanto, la que se enumera de manera esquemática a continuación:

- Art. 135 OIT: Como expresamente se señala en la resolución: “Conforme a su artículo 2º Los representantes de los trabajadores deberán disponer en la Empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones (apartado 1), aunque La concesión de dichas facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la Empresa interesada (apartado 3).

La Recomendación nº 143 OIT precisa también que “a fin de que los representantes de los trabajadores puedan desempeñar eficazmente sus funciones” deberían disfrutar del tiempo libre necesario no sólo para el desempeño de labores que respondan estricto sensu a la idea de representación de los trabajadores en cuyo nombre actúan, sino también para “asistir a reuniones, cursos de formación, seminarios, congresos y conferencias sindicales”, procurando que ello sea “sin pérdida de salario ni de prestaciones u otras ventajas sociales”.

- Art. 28.1 CE: “Todos tienen derecho a sindicarse libremente [...] La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”.
- Art. 2.2.d) LOLS: “El ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella [...]”
- Art. 6.3 c) LOLS: “Las organizaciones que tengan la consideración de sindicato más representativo según el número anterior, gozarán de capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales para [...] b) La negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores”.
- Art. 37.3 e) ET: “La persona trabajadora, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:

e) Para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente.”.

- Art. 68 e) ET: “Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías:

e) Disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas cada uno de los miembros del comité o delegado de personal en cada centro de trabajo, para el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con la siguiente escala:

1.º Hasta cien trabajadores, quince horas [...]"

- Art. 183.1 LRJS: "Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados".

Junto a ellos, se mencionan en la propia resolución judicial los Convenios 87 y 98 de la OIT, en tanto que si "la Empresa exigiese un conocimiento pormenorizado de la mentada reunión sindical, tal conducta entrañaría atentado" contra el contenido de los mismos.

Por último, no son directamente invocados en la sentencia, pero caso de prosperar la reclamación de la demandante, entenderíamos que serían referenciales los arts. 12 a 15 LOLS (TÍTULO V. De la tutela de la libertad sindical y represión de las conductas antisindicales), en tanto que plantean los efectos de una posible vulneración del derecho de libertad sindical mediante una conducta que, en este caso, se identificaría con una decisión empresarial.

VI. Doctrina básica

La misma resolución analizada fija en su fundamento jurídico quinto la doctrina básica, que se traduce en la inexistencia de vulneración del derecho de libertad sindical cuando la empresa requiera una justificación que aunque se califica como genérica, podríamos entender como mínima, en cuanto que no basta una referencia general repitiendo el tenor legal, sino una especificación del contenido de aquella actuación representativa, esto es, que si se ha dedicado a asamblea, reunión, formación, congreso, etc. .

En cualquier caso, ello no justifica una exigencia exhaustiva de la actividad desplegada, ya que, si así fuera, sí podría entenderse vulnerado el derecho de libertad sindical. Al no especificar el art. 37.3 ET un determinado grado o nivel de justificación, parece razonable exigir una justificación genérica, pero sin que una necesaria concreción de la naturaleza de la actividad desarrollada, a petición de la empresa, implique una reducción de su marco de actuación representativa, de una parte y, de otra, que no responda a la finalidad del legislador de garantizar el uso legítimo del crédito horario (y no un uso irregular).

VII. Parte dispositiva

La sentencia comentada llega a una conclusión y es, como hemos reflejado, que no existe vulneración del derecho de libertad sindical por exigir una justificación mínima del uso del crédito horario. Y ello por varias razones (Fundamento Jurídico Tercero, apartado tercero):

-El crédito horario está configurado como un permiso remunerado por la empresa, que excusa su prestación laboral, pero vinculado al desarrollo de unas tareas concretas;

-La norma exige justificación y la empresa la requiere de modo genérico;

- La exigencia de justificación genérica no ha sido sorpresiva ni selectiva;

- La justificación ante la empresa no suplanta o socava el control que pueden llevar a cabo las personas representadas;

- El tipo de justificación exigido no restringe la amplitud funcional que nuestra doctrina ha conferido al crédito horario;

- La justificación desplegada no comporta intrusión o vigilancia indebida;

Se descarta, por tanto, la vulneración del derecho fundamental por los motivos enumerados, estimando, por tanto, el recurso de la empresa, unificando doctrinal, en el sentido de que “No constituye lesión de la libertad sindical que la empresa requiera una genérica justificación del fin a que se ha aplicado el crédito horario (asamblea, reunión, formación, congreso, etc.), dejando de abonar el salario del tiempo que queda sin justificar, aunque sin adoptar medida sancionadora ni impedir su disfrute”.

VIII. Pasajes decisivos

Tras un repaso completo de la doctrina constitucional, en primer término, y de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en segundo lugar, se alcanzan una serie de conclusiones relevantes que quedan señaladas del modo siguiente:

- “La configuración normativa [...] de la institución examinada [crédito horario] sigue siendo la de un permiso remunerado por la empresa. No estamos ante una reducción de jornada (sin detrimento salarial) ni ante un derecho abstracto para ausentarse (manteniendo el salario) sino ante un supuesto en que la ley da prioridad a una tarea o atención diversa de la prestación laboral.

De este modo, el desempeño de actividades diversas de la contractualmente comprometida mantiene una conexión con la empleadora: De entrada, el control razonable resulta del todo coherente con esa construcción [...]”

- “Salvo que se considere contrario a la libertad sindical cualquier tipo de control sobre el disfrute de estas horas de representación (lo que comportaría la necesidad de plantear una cuestión de constitucionalidad respecto de las previsiones del artículo 37.3.e ET), cierto tipo de acreditación ha de aceptarse como legítimo.

No consideramos que deba considerarse atentatorio de la libertad sindical el tipo de justificación pedido en el caso cuando, precisamente, llama la atención su carácter genérico. La prescripción del artículo 2 del Convenio 135 OIT sobre otorgamiento de facilidades a los representantes de la plantilla no queda afectada por una exigencia como la aquí debatida. Si la Empresa exigiese un conocimiento pormenorizado de la actividad desarrollada a cargo de crédito, tal conducta sí que entrañaría un atentado a los Convenios 87 y 98 de la OIT, ratificados por España. Aquí estamos ante un caso del todo diverso.

- No consideramos que la justificación exigida -y en los términos en que se ha hecho, referencia genérica de la tarea sindical realizada- sea excesiva ni vulnere el derecho a la libertad sindical, dado que sólo es reflejo de las exigencias previstas en el propio artículo 37.3 ET. Se trata de exigencia válida para todos los supuestos de permisos, incluyendo otros que también comportan el ejercicio de derechos (o deberes) de alcance constitucional.
- Además, el uso indebido, en su caso, del crédito horario podría dar lugar a una conducta laboral sancionable (en hipótesis) o a una ausencia de retribución (que es lo acaecido); en este escenario es donde, precisamente, se incardina el deber de justificación exigido por el artículo 37.3 ET”.
- “La empresa no ha puesto en práctica un modo repentino o sorpresivo de exigir la justificación de las ausencias a causa del permiso contemplado en el artículo 37.3.b ET [...]”

No se está contrariando de ese modo la presunción de pertinencia del uso a que hemos aludido, sino activándola facultad patronal (por lo demás tenue) de llevar a cabo un control mínimo sobre el uso efectivo del crédito horario pues cabe vigilar el uso del crédito horario, siempre que no se incurra en discriminación o vulneración de la libertad sindical”.

- “La levedad del tipo de justificación exigido nos reafirma en su respeto a la libertad sindical. No apreciamos en él, ni se ha argumentado o sugerido que exista, una restricción a las amplias posibilidades que nuestra doctrina le ha conferido [...] Una injerencia mayor, un requerimiento de concreciones adicionales queda al margen del debate y, por tanto, de nuestro pronunciamiento.
- [...] la justificación pedida por la empresa resulta conciliable con la libertad sindical porque opera en el plano formal como exigencia de una indicación al empresario de la finalidad genérica a que se afecta el tiempo utilizado a efectos del control del total disponible, sin que sea preciso una prueba plena, a través de medios hábiles al efecto, de las concretas actividades realizadas en las horas utilizadas”.
- “No estamos ante un supuesto en que sea reprochable a la empresa el abuso de vigilancia que traba o impide el derecho del libre ejercicio del cargo representativo [...]”
- Y, de manera definitiva: “la justificación exigida podría constituir una limitación de derechos y una eventual injerencia del derecho fundamental a la libertad sindical en el caso de que se tratase de una justificación rigurosa y exhaustiva del uso del crédito horario sindical que, de algún modo, cercenase la libertad de la actora para ejercer sus funciones sindicales. El propio art. 37.3 ET no establece requisito adicional alguno acerca de la mayor o menor concreción que ha de contener la justificación exigida. Parece razonable entender que basta con indicar al empresario la finalidad genérica a la que se afecta el tiempo utilizado.

Pero en el caso la exigencia de la empresa de que en la justificación del uso del crédito horario se especifique genéricamente la naturaleza de la actuación a desarrollar no resulta contraria al derecho a la libertad sindical de la recurrente. Tal exigencia ni le impide, ni le coarta el libre desarrollo de sus funciones representativas, tal y como evidencia el hecho de que la propia recurrente hubiera justificado genéricamente en otras ocasiones el uso de dicho crédito horario. Y responde a la finalidad pretendida por el legislador de evitar el uso ilícito de dicho crédito horario”.

IX. Comentario

Como hemos señalado anteriormente, la sentencia expresamente señala que “no se discute aquí si la garantía de disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas, para el ejercicio de sus funciones de representación que se atribuye por el art. 68 ET a los representantes legales de los trabajadores forma parte integrante del derecho a la libertad sindical, pues la sentencia combatida así lo reconoce. La cuestión que se plantea consiste en dilucidar si el preaviso y la justificación del uso del crédito horario exigido por la empresa constituye una vulneración de los arts. 37 y 68 ET y, en consecuencia, de la libertad sindical de la recurrente”.

No resulta, sin embargo, en la práctica, sencilla la delimitación entre la función estrictamente representativa y la sindical y, más aún en una institución que, como el crédito horario, se configura como un nexo de conexión entre ambas. El problema, por tanto, es determinar si éste, en el marco del art. 68 e) ET forma parte o no del contenido del derecho fundamental a la libertad sindical de un modo generalizado.

La resolución judicial se apoya, de manera clara, en una doctrina constitucional en la que se puede establecer tal equiparación. De manera concreta, nos viene a decir que “El derecho a la libertad sindical constitucionalmente consagrado comprende [...] el derecho de los sindicatos de ejercer aquellas actividades que permiten la defensa y protección de los propios trabajadores, de lo que se sigue que para el eficaz ejercicio de sus funciones, los representantes sindicales han de disfrutar de una serie de garantías y facilidades, que de algún modo se incorporan al contenido esencial del

derecho de libertad sindical, siendo una de ellas, precisamente la que aquí se cuestiona, la prevista en el art. 68.e) ET (STC 40/1985 de 18 abril).

La del crédito horario es una de las garantías integradoras de uno de los núcleos fundamentales de la protección de la acción sindical, residenciada en los representantes sindicales y que tiene la finalidad de otorgarles una protección específica en atención a la compleja posición jurídica que los mismos asumen frente a los empresarios, y de ello será consecuencia que la privación del sistema de protección de que se trata podrá entrañar la violación del derecho de libertad sindical (STC 40/1985 de 18 abril)".

Sin embargo, la regla general debe ser que el amparo constitucional alcanza a los representantes sindicales, vía de representación que difiere de la unitaria regulada en el ET, aun a pesar de la interrelación entre una y otra, como ha reconocido de manera reiterada la doctrina constitucional^[4].

En este sentido, la STC 95/1996 ha reconocido que los órganos de representación unitaria "no tienen constitucionalmente garantizada la libertad sindical consagrada en el art. 28.1 CE que se refiere sólo a la actividad legítima realizada por los sindicatos en representación, defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores (STC 134/1994)... en su vertiente colectiva, la titularidad originaria del derecho fundamental contemplado en el art. 28.1 CE pertenece a los sindicatos y no a otros sujetos colectivos, como los comités de empresa y los delegados de personal (por todas, SSTC 197/1990 y 134/1994)".

Y al amparo de tal interpretación, la utilización del derecho al crédito horario regulado en el art. 68 e) ET, como facultad cuya titularidad corresponde al representante legal de los trabajadores, debería considerarse un derecho de configuración legal, al margen del ámbito del Derecho Fundamental constitucional del art. 28.1 CE y ello, "al margen ahora de otros precedentes, desde la STC 118/1983 venimos afirmando que el art. 28.1 C.E. no protege la actividad desarrollada por las representaciones unitarias o electivas"^[5].

No obstante, esta STC 95/1996 no desconoce "que el Tribunal ha considerado que podían estar en juego las garantías del art. 28.1 C.E. se trataba, por lo general, del ejercicio de una actividad propiamente sindical llevada a cabo por representantes sindicales, que motivaba una decisión empresarial cuya compatibilidad con la Constitución debía ser contrastada o, cuando menos, existía siempre una conexión sindical (SSTC 21/1982, 78/1982, 83/1982, 55/1983, 72/1986, 114/1989, 180/1994, 85/1995, 94/1995, 127/1995 y 17/1996), lo que permitía afirmar la posibilidad de que estuviera en juego la presencia o la actividad del sindicato en la empresa, instrumentada no pocas veces de forma preferente, como ya se ha dicho, a través de las representaciones unitarias o electivas (STC 197/1990)".

A partir de ahí, se concluye que, a pesar de lo anterior, y de que "la actividad desplegada por el representante unitario o electivo de los trabajadores, en su condición de tal, se sitúa, en principio, fuera del ámbito del derecho fundamental de libertad sindical", no es menos cierto que la distinta posición constitucional de los sindicatos y de los órganos de representación unitaria se proyecta sobre la actividad llevada a cabo por estos últimos, sin que ello lleve a olvidar las conexiones e interrelaciones entre aquéllos y éstos y que la actividad del sindicato en la empresa se instrumenta de forma preferente en no pocas ocasiones a través de las representaciones electivas, lo que a la vista de las circunstancias que concurren en cada caso podrá tener consecuencias desde la perspectiva del art. 28.1 C.E".

En síntesis, podemos concluir que habrá que estar al caso concreto para precisar si estamos ante un problema de legalidad ordinaria o frente a una eventual infracción de un derecho fundamental. Lo cierto es que en la sentencia comentada no es objeto de debate y no se cuestiona, pero entendemos que no es, de manera definitiva, una cuestión pacífica.

Justamente la ausencia de oposición o de discusión sobre el cuestionamiento o la equiparación, en este supuesto, de una posible intromisión empresarial en el disfrute del crédito horario como potencial vulneración del derecho de libertad sindical, conduce a la discusión limitada de orden constitucional y, por tanto, en un procedimiento de cognición limitada que no permite pronunciamientos sobre otros extremos de legalidad ordinaria o estrictamente formales.

Y la conclusión última es que, si estamos ante un permiso retribuido que la norma configura sujeto a justificación, lo que no cabe es que el requerimiento por la empresa resulte exhaustivo o excesivo, de manera que, de esta forma, se entiende que hay una razón objetiva que excluye la vulneración del derecho fundamental.

X. Apunte final

Para concluir, brevemente (también por cuestiones de espacio), es importante destacar que la resolución que ha sido objeto de comentario no habilita, de un modo absoluto o ilimitado, a la empresa a solicitar una justificación sobre el uso del crédito horario, sino que éste vendrá condicionado por los siguientes factores:

-No puede ser sorpresivo, ni diferente para los distintos representantes;

-No debe implicar una justificación exhaustiva de toda la actividad realizada, sino una concreción genérica de la naturaleza de actividades realizadas (reuniones, formación, congresos, etc.), pero sin que ello se constituya en una intromisión de la empleadora en la actividad representativa por un control excesivo de una función que está al margen de sus facultades generales;

-Sí le debe permitir, en su caso, realizar un mínimo control del uso regular del referido crédito horario, para en, tales circunstancias, poder hacer los descuentos precisos por no justificar debidamente las ausencias al trabajo, pero sin que ello, por sí mismo, suponga una infracción sancionable;

-No tiene que impedir, en ningún caso, impedir la actividad representativa.

Referencias:

1. ^ *Un análisis, ya clásico, sobre la evolución jurisprudencial en esta materia, a la luz de la doctrina constitucional al respecto, puede verse en AGUILERA IZQUIERDO, R. El despido de los representantes de los trabajadores por uso abusivo del crédito horario, Tecnos, 1996, págs. 17 y ss.*
2. ^ *Por todos, SEMPERE NAVARRO, A. V. y PÉREZ CAMPOS, A. I. «Las Garantías de los representantes de los trabajadores (Estudio del Artículo 68 ET [RCL 1995, 997])» [BIB 2004, 2320]. Cuadernos Aranzadi Social. Thomson Aranzadi, 2004, pág. 142.*
3. ^ *Por todos, ALFONSO MELLADO, C. L. “Jurisprudencia y doctrina judicial sobre utilización y retribución del crédito horario de los representantes unitarios de los trabajadores”, Revista Poder Judicial, núm. 67, 2002, pg. 63.*
4. ^ *Entre otras, SSTC 37/1983, 118/1983, 45/1984, 98/1985, 165/1986, 104/1987, 9/1988, 51/1988, 197/1990 y 134/1994; AATC 533/1985 y 25/1992.*
5. ^ *Como así reitera la STC 95/1996, de 29 de mayo; vid. tb. STC 74/1996, de 30 de abril; STC 134/1994, de 9 de mayo.*

§ 66 Vulneración del derecho a la libertad sindical por la negativa de la empresa a facilitar al delegado sindical la información por éste solicitada.

Carlos Hugo Preciado Domènech

Magistrado de la jurisdicción social. Doctor en Derecho y en Ciencias Políticas.

Resumen: *Se ha vulnerado el derecho a la libertad sindical de un Delegado Sindical y del sindicato al que pertenece, por la negativa de la empresa a facilitar determinada información.*

Palabras clave: *Libertad sindical. Derecho a la información.*

Abstract: *The freedom of association of a Union Delegate and the Union to which he belongs has been violated due to the company's refusal to provide certain information.*

Keywords: *Freedom of association. Right to information.*

I. Introducción

En la sentencia objeto de comentario vuelve a plantearse el derecho a la información de que gozan los delegados sindicales y los representantes unitarios de las personas trabajadoras, como contenido esencial de la libertad sindical. En efecto, la libertad de información constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical, pues el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores/as es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales (STC 281/2005, de 7 de noviembre).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala IV del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 906/2024, de 11 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación núm.14/2022.

ECLI: ES:TS:2024:3470

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El sindicato actor y su delegado sindical solicitan y obtienen de la Audiencia Nacional la declaración de vulneración del derecho a la libertad sindical, y la condena

a la empresa demandada al cese inmediato del comportamiento lesivo, consistente en no facilitar la documentación e información relativa a la evolución probable del empleo la empresa, así como a las previsiones del empresario sobre celebración de nuevos contratos, con indicación del número de estos y de las modalidades y tipos de contratos que serán utilizados y de los supuestos de subcontratación; la copia básica de los contratos a que se refiere el párrafo a) del apartado 3 del artículo 8 del convenio aplicable y la notificación de las prórrogas de las denuncias correspondientes a los mismos en el plazo de 10 días siguientes a que tuvieran. También pedían ser informados trimestralmente sobre la evolución probable del empleo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto. Igualmente se solicita se declare el derecho a ser informados y consultados sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo. A recibir el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a estos. Plan de producción, la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa, la situación de la producción y ventas de la entidad, sobre su programa de producción de evolución probable del empleo en la empresa. En fin, también piden y obtienen información en los mismos términos que el Comité de empresa sobre un determinado accidente de trabajo.

IV. Posición de las partes

La mercantil demandada y condenada en instancia interpone recurso de casación. Se desglosa en los siguientes motivos:

- Dos destinados a la revisión de los hechos probados sexto y décimo, por error en la valoración de la prueba del art. 207 letra d) LRJS;
- Dedicar tres motivos por razón de infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate de la letra e) del mismo precepto 207 LRJS.

El Delegado sindical y su sindicato, que fueron parte demandante, impugnan el recurso, pidiendo su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

El Ministerio Fiscal considera que el recurso ha de ser desestimado.

V. Normativa aplicable al caso

A) Estatuto de los Trabajadores

Conforme a artículo art. 59.1 ET Las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación.

Por su lado, el art. 64 ET dispone lo siguiente:

1. El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en este artículo.

Se entiende por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que este tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen. Por consulta se entiende el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo.[.....]

2. El comité de empresa tendrá derecho a ser informado trimestralmente

a) Sobre la evolución general del sector económico a que pertenece la empresa.

b) Sobre la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades, incluidas las actuaciones medioambientales que tengan

repercusión directa en el empleo, así como sobre la producción y ventas, incluido el programa de producción.

c) Sobre las previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos, con indicación del número de estos y de las modalidades y tipos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial, la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial y de los supuestos de subcontratación.

d) De las estadísticas sobre el índice de absentismo y las causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen.....]

4. El comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a:

a) Conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa revista la forma de sociedad por acciones o participaciones, los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a estos.

b) Conocer los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa así como los documentos relativos a la terminación de la relación laboral.

c) Ser informado de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves.

d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.

Asimismo, el comité de empresa tendrá derecho a recibir la copia básica de los contratos así como la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes a los mismos en el plazo de diez días siguientes a que tuvieran lugar."

B) Ley Orgánica de Libertad Sindical

En su artículo 10.3 la LOLS establece que los Delegados sindicales tienen derecho a tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del Comité de empresa.

VI. Doctrina básica

Doctrina sobre prescripción en materia de derechos fundamentales, cuando hay una vulneración continuada: La STS 524/2024 de 3 de abril (rcud. 5599/2022) , seguida por otras , al resolver cuándo comienza a computar la prescripción ante un escenario en el que se está ante una conducta reiterada de vulneración de derecho fundamental -en ese caso a la igualdad retributiva- , entiende que deberá iniciarse desde el momento en que finalice tal quebranto, pues mientras "se siga produciendo la vulneración del derecho fundamental no habrá comenzado el cómputo del plazo de prescripción de las indemnizaciones derivadas de tal conducta".

Doctrina sobre el derecho de información de los representantes unitarios y sindicales y su relación con la libertad sindical. La STC 281/2005, de 7 noviembre, reseña que la libertad de información "constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical [...] el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales".

En STS 28 de marzo de 2011, recurso 145/2010, ya dijimos que el derecho de información que la LOLS reconoce a los Delegados sindicales tiene el mismo alcance que el que se reconoce al Comité de empresa.

La STS 954/2022, de 13 diciembre (rec. 40/2021), argumenta que "el derecho a la información, en su vertiente de derecho a la denominada información pasiva; esto es, derecho a recibir información por parte de la empresa en los términos que fueran previstos por las leyes, forma parte del contenido del derecho a la libertad sindical previsto en el artículo 28.1 CE ; de suerte que una eventual vulneración de ese derecho podría considerarse atentatoria la reseñado derecho fundamental; ya que la libertad sindical comprende, ineludiblemente el derecho a la actividad sindical, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden (SSTC 40/1985, 39/1986, 30/1992, 173/1992 y 94/1995; entre otras)".

VII. Parte dispositiva

La Sala IV resuelve:

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la INGENIERÍA FORESTAL, S.A., representada por el Letrado Sr. Soriano Arroquia.

2º) Confirmar y declarar firme la sentencia núm. 208/2021 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 5 de octubre, en autos no 359/2020, seguidos a instancia de D. Sixto , en calidad de Delegado sindical de la SECCIÓN SINDICAL DE FIRET en INGENIERIA FORESTAL S.A., y de FORMACIÓN INDEPENDIENTE EN REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES (en adelante FIRET), en materia de derechos fundamentales.

3o) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

VIII. Pasajes decisivos

Sobre la desestimación de la excepción de prescripción (FJ 3º): "(...) concurre una vulneración continuada del derecho fundamental a la libertad sindical, de manera que no opera la prescripción desde la fecha pretendida por el recurrente -12 de julio de 2019-. Debemos rechazar la excepción procesal alegada por la empleadora y reiterada en forma de motivo casacional, dado que a fecha de la demanda continuaba la conducta considerada como incumplidora, eventual causante de la violación del derecho fundamental a la libertad sindical."

Sobre la vulneración de la libertad sindical, argumenta la recurrente que de la relación de hechos probados de la sentencia de instancia no se infiere incumplimiento imputable a la empresa del deber de información del artículo 64 ET, ni, por tanto, vulneración del derecho a la libertad sindical del Delegado Sindical de FIRET. Para tal fin se apoya en el éxito de su revisión fáctica.

Dicha postura decae conforme expresa el FJ 4º.2 porque:

"Al resolver el primer motivo de infracción de norma sustantiva ya hemos analizado la presencia de reiterados incumplimientos atribuibles a la empresa en su deber de informar al delegado sindical actor.

El éxito de este motivo de censura jurídica necesitaba, como premisa esencial para su éxito, la estimación de las revisiones fácticas contenidas en el recurso - especialmente la tocante al HP 10o-, por lo que el fracaso de ésta arrastra al presente motivo.

Por lo tanto, no es posible asumir el planteamiento del recurrente, que acaba incurriendo en una <<petición de principio>> o <<hacer supuesto de la cuestión>>, esto es, se parte de premisas fácticas distintas a las que constan en la sentencia recurrida.

El recurso cita en su apoyo la STS de 17 enero 2012 (rec. 27/2011, pero su doctrina no resulta aplicable porque se refiere a documentación que la empresa no tenía obligación de facilitar a los representantes sindicales ("no se ha probado siquiera que la recurrente solicitara previamente a la demanda dicha documentación y que, en cualquier caso se trataría de documentos que la empresa no tenía obligación de facilitar a los representantes sindicales"), lo que no es el caso.

También invoca doctrina judicial pero ya hemos recordado que el artículo 207.e) LRJS solo permite la casación basada en jurisprudencia. "

IX. Comentario

El soporte constitucional de los derechos de información y consulta de los representantes unitarios y sindicales, se halla en el art.9.2 y 129.2 CE, que impone a los poderes públicos promover la participación en las empresas, así como el art.28 CE, que garantiza la libertad sindical.

Los derechos de información y consulta de los representantes unitarios y sindicales gozan, además, de un sólido marco eurounitario de garantía, que viene representado, fundamentalmente por el art 27 CDFUE y por la Directiva 2002/14/CE que regula el marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores/as en la Unión Europea.

Su objetivo es promover el diálogo social y fomentar las relaciones de confianza en las empresas, llevando a cabo dicho diálogo con antelación, en un marco constructivo y no reactivo y con un espíritu de cooperación.

Dicha directiva fue transpuesta por la Ley 38/2007, que modificó los siguientes preceptos del ET: art.4.1, art.33.10 y 11; art. 64 y art.65. El art.64 se ha ampliado mediante el RDL 6/2019, de 1 de marzo en lo que atañe a las medidas para la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo y, finalmente, la Ley 12/2021, de 28 de septiembre introduce obligaciones de información específicas en el marco de las plataformas digitales.

Por otro lado, la Carta Social Europea revisada reconoce también en su art.21, que los trabajadores tienen derecho a la información y consulta dentro de la empresa.

Partiendo de esta protección multinivel, interesa destacar, en primer lugar, que el derecho de información forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad sindical (art.28 CE), pues conforme a la STC 281/2005, el derecho a la información " constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical [...] el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales".

Es obvio que, sin información, la acción sindical, como contenido de la libertad sindical, queda enormemente mermada. Por esa razón, supuestos como el que nos ocupa, terminan siendo correctamente encauzados procesalmente por la vía de la tutela de los derechos fundamentales (arts.177-184 LRJS).

Ello determina que una de las cuestiones objeto de debate, la prescripción, sea tratada de conformidad con la doctrina relativa a la prescripción de las acciones de tutela de derechos fundamentales. Conforme a la misma, la vulneración continuada de un derecho determina que el cómputo de la prescripción anual del art.59 ET no pueda iniciarse hasta el momento de cesar dicha vulneración.

En segundo lugar, el tratamiento de la infracción del deber de informar como vulneración de la libertad sindical impone que le resulte de aplicación la doctrina sobre la indemnización en supuestos de vulneración de derechos fundamentales. Interesa destacar en este punto, la legitimación del sindicato y del delegado sindical para pedir la indemnización por daños morales. Resulta al efecto decisiva la afirmación del TS cuando sostiene que "...en este tipo de procesos no negamos la posibilidad de que los

sindicatos, aun cuando intervengan como coadyuvantes, puedan reclamar la indemnización por daños morales siempre que hayan individualizado, precisado y acreditado los elementos causantes de los perjuicios a su imagen y reputación. Lo que se precisa es que, desde que se traba el procedimiento, el sindicato haya puesto de relieve si, en cuanto tal, entiende vulnerado sus derechos así como las razones de ello, además de interesar la reposición exigida legalmente. “

En tercer lugar el quantum de la indemnización se sitúa en 12.000 € y se razona que la conducta de la demandada es obstruccionista con los derechos del delegado sindical. Consta en el Fundamento de Derecho VI de la demanda la descripción de elementos generadores del daño a la imagen del sindicato para cumplir su principal fin de defensa de los derechos de los trabajadores, luego plasmados en los hechos probados.

Por otro lado, en el Fundamento Quinto la SAN recurrida expone detalladamente las razones que le han llevado a fijar la cuantía de la indemnización en 12.000 €. Tales motivos aparecen como equilibrados y sustentados en derecho y el importe se considera, de esta forma, justificado.

En suma, una sentencia importante que subraya la relevancia del derecho de información de los representantes unitarios y sindicales, como medio de ejercicio de la acción sindical en el seno de las empresas, y que sitúa en el marco de la libertad sindical este tipo de incumplimientos empresariales, toda vez que obstaculizan, en este caso de forma reiterada, la transmisión de información a los trabajadores y afiliados por parte de sus representantes.

El importe de la indemnización resulta, a mi entender, proporcionado al daño inferido y suficientemente disuasorio y señala el camino de la transparencia, cooperación y buena fe en las relaciones entre empresa y representación sindical.

§ 67 Las disposiciones legales para prevenir el encadenamiento abusivo de contratos temporales no pueden ser dejadas sin efecto en la negociación colectiva ... y menos por una decisión empresarial.

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Galicia).

Resumen: La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 17 de junio de 2024, analiza la regularidad de un acuerdo suscrito entre una empresa pública y la representación sindical según el cual en la bolsa de llamamiento para trabajos temporales quedará en situación de “no disponible temporal” aquel trabajador que, de ser llamado, superaría el límite temporal establecido en el artículo 15.5 del ET y, por aplicación de esta norma, se convertiría en trabajador indefinido no fijo. La Sentencia considera que el referido acuerdo dejaría sin efecto una previsión contenida en la legislación laboral con la finalidad de prevenir el abuso en el encadenamiento de contratos temporales, en seguimiento de la Directiva europea.

Palabras clave: Encadenamiento de contratos temporales. Abuso.

Abstract: The Sentence of the Supreme Court, Social Chamber, of June 17, 2024, analyzes the regularity of an agreement signed between a public company and the union representation according to which the call pool for temporary jobs will remain in a situation of “temporarily unavailable” that worker who, if called, would exceed the temporary limit established in article 15.5 of the ET and, by application of this rule, would become a permanent worker. The Judgment considers that the aforementioned agreement would nullify a provision contained in labor legislation with the purpose of preventing the abuse of chain of temporary contracts, in accordance with the European Directive.

Keywords: Chaining of temporary contracts. Abuse.

I. Introducción

La cuestión resuelta en la sentencia objeto de nuestro comentario se puede presentar sucintamente en términos de la siguiente pregunta: ¿Es conforme a Derecho un acuerdo de una empresa pública con la representación sindical mayoritaria según el cual en la bolsa de llamamiento para trabajos temporales quedará en situación de “no disponible temporal” aquel trabajador que, de ser llamado, superaría el límite temporal establecido en el artículo 15.5 del ET y, por aplicación de esta norma, se convertiría en un trabajador indefinido no fijo, de manera que solo podría ser llamado de nuevo una vez transcurridos los seis meses que en esa norma se establecen para poder iniciar un nuevo cómputo del límite temporal?

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 925/2024, de 17 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de Casación núm. 126/2022.

ECLI: ES:TS:2024:3466

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El acuerdo objeto de impugnación judicial

La empresa pública Valenciana de Aprovechamiento Energético de Residuos Sociedad Anónima (VAERSA) y la representación sindical (integrada por UGT, STAS-IV, CCOO, CPAT, SIT y USO) iniciaron a 29 de septiembre de 2021 un proceso de negociación para la reforma del reglamento de la bolsa de llamamiento para trabajos temporales.

A 17 de diciembre de 2021 la representación sindical mayoritaria (integrada por UGT con un 42,55% más CCOO con un 14,89%) aceptó una reforma con la siguiente redacción:

“7. Situaciones en la Bolsa ... f) No disponible temporal: En aplicación de las limitaciones temporales establecidas en el ET y legislación de desarrollo en el marco de la relación laboral que une a cada persona trabajadora con la entidad, si en un nuevo llamamiento la persona candidata puede superar el límite temporal para dejar de considerar la relación laboral como temporal; esta pasará a situación de no disponible temporal”.

“8. Norma de funcionamiento de las bolsas ... C. Proceso de activación y desactivación El paso de una persona candidata a la situación de no disponible temporal se realizará de forma automática para el personal que alcance la situación descrita por lo establecido en el punto séptimo f de este Reglamento y afectará a todas las bolsas donde se halle inscrito. Su activación en la bolsa o las bolsas como disponible se podrá realizar por parte de la persona interesada a partir del primer día natural del mes siguiente al mes que cumpla los seis meses en situación de no disponible temporal”.

2. La impugnación judicial

Por la representación letrada de STAS IV (con representación en la empresa del 27,66%) se presentó demanda sobre conflicto colectivo de la que conoció la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana. Admitida la demanda y celebrado el juicio, la Sala valenciana sentenció “estimar la demanda formulada por la representación de STAS IV, siendo demandados VAERSA, UGT y CCOO, declarando la nulidad del acuerdo entre VAERSA y UGT-PV Y CCOO-PV, de fecha 17 de diciembre de 2021 declarando la nulidad del mismo, con todas las consecuencias legales a ello inherentes”.

IV. Posición de las partes

Contra la anterior resolución se interpusieron sendos recursos de casación clásica: uno por la empresa pública VAERSA y otro por el sindicato codemandado CCOO.

Fueron impugnados ambos recursos por el sindicato demandante STAS-IV

El Ministerio Fiscal interesó la desestimación de ambos recursos.

V. Normativa aplicable al caso

— 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.

— Estatuto de los Trabajadores, artículo 15.5: “... las personas trabajadoras que en un periodo de veinticuatro meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas. Esta previsión también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente. Asimismo, adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal”.

— Código civil, artículos 6.4 y 7.2

— Estatuto Básico del Empleado Público, disposición adicional 17^a, introducida por el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio. La disposición adicional 17^a del EBEP lleva por rúbrica “medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público”.

VI. Doctrina básica

El acuerdo alcanzado por la empresa y la representación sindical no puede dejar sin efecto una previsión contenida en la legislación laboral con la finalidad de prevenir el encadenamiento de contratos temporales, en seguimiento de la Directiva europea.

VII. Parte dispositiva

(1) “Desestimar los recursos de casación clásica interpuestos por Valenciana de Aprovechamiento Energético de Residuos SA y por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras del País Valenciano”. (2) “Confirmar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 518/2022, de 15 de febrero (autos 1/2022)”. (3) “Sin pronunciamiento sobre las costas del recurso”. (4) “Se acuerda la pérdida del depósito consignado por Valenciana de Aprovechamiento Energético de Residuos SA”.

VIII. Pasajes decisivos

“(El) acuerdo impide que los trabajadores de las bolsas de trabajo temporal de VAERSA adquieran la condición de indefinidos no fijos de esa empresa pública por aplicación del art. 15.5 del ET, en virtud del cual los trabajadores por tiempo determinado adquieren la condición de fijos cuando superan determinados límites temporales”.

“(El) acuerdo convierte esa norma tuitiva de los trabajadores temporales en un perjuicio para ellos porque cuando un llamamiento nuevo puede suponer que el candidato incluido en la bolsa, que anteriormente ha prestado servicios por tiempo determinado, supere el límite temporal que le permitiría adquirir la condición de trabajador indefinido no fijo, ese trabajador pierde la oportunidad de ser contratado por la empresa porque pasa a la situación de no disponible temporal: el candidato está desactivado hasta que transcurre el plazo de seis meses. Se trata de un mandato que opera de forma automática y en todas las bolsas en las que el candidato esté inscrito”.

“La empresa pública VAERSA no puede suscribir un acuerdo que, en la práctica, priva de eficacia al art. 15 del ET, que establece duraciones máximas de los contratos de duración determinada en cumplimiento de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE. El tenor literal del citado acuerdo impide que los trabajadores temporales que son contratados por VAERSA de conformidad con la normativa reguladora de las citadas bolsas, puedan alcanzar la duración temporal exigida por la normativa laboral para adquirir la condición de indefinidos no fijos, perpetuando su condición de trabajadores por tiempo determinado”.

IX. Comentario

Al calor de la Directiva relativa al Acuerdo marco europeo sobre el trabajo de duración determinada (de 1999), el Diálogo social en España (con participación de UGT y CCOO) alcanzó el 9 de mayo de 2006 un “Acuerdo para la mejora y el crecimiento del empleo”, lo que, como es práctica usual en las normas laborales pactadas, condujo al inmediato cambio normativo canalizado a través del Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, luego tramitado como Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

En tal Acuerdo se preveía, para la prevención de los abusos en la utilización sucesiva de los contratos temporales, “el establecimiento de límites temporales para los sucesivos contratos (temporales) ... que puede suscribir una empresa con un trabajador”. Y de ahí surgió una nueva redacción del artículo 15, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores, donde se establecía que se convertiría en fija la relación laboral temporal de una persona trabajadora que hubiese prestado servicios para una empresa durante un determinado periodo temporal (en su redacción originaria de 24 meses dentro de los últimos 30 meses; la redacción actual, más arriba transcrita, proviene del RDL 32/2021, de 28 de diciembre).

Tal disposición (que fue conocida como la “ley Caldera” pues ese era el apellido del Ministro de Trabajo cuando se alcanzó el mencionado Acuerdo) fue bien recibida por la doctrina científica, por los agentes sociales y por la opinión pública. Se trataba, sin duda, de la medida más espectacular del RDL 5/2006 (la Reforma laboral de 2006, que suena ya lejana dada la cantidad y entidad de las reformas laborales acometidas desde entonces).

Sin embargo, la norma, con ser positiva, dejaba puertas abiertas a las conductas fraudulentas dirigidas a evitar el umbral temporal que convertía *ex lege* al contrato en fijo.

La doctrina científica rápidamente alertó, muy atinadamente, de que “la previsión legal puede tener un perverso efecto *boomerang* ... (al dificultar) la contratación de quienes ya hubieran prestado servicios en una empresa (por ejemplo, durante veinte meses)” (Luis Enrique de la Villa Gil: “¿Acabar con el trabajo precario? Notas de urgencia a la Reforma Laboral de 2006”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 11, 2006, pág. 8; Rodrigo Tascón López: “Las medidas dirigidas a combatir el encadenamiento de contratos temporales”, en José Fernández Domínguez -dir. y coord.-, *Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006*, Ediciones Laborum, Murcia, 2006, pág. 86).

Quien esto escribe (José Fernando Lousada Arochena: “La conversión en fijos de trabajadores temporales por sucesión de contratos”, *Social Mes a Mes – Francis Lefebvre*, núm. 127, 2007, págs. 1-7) también se sumó entonces a estas prevenciones cuando manifesté que “la fijación de un umbral temporal conlleva el riesgo implícito de decisiones empresariales tendentes a evitar la acumulación del plazo temporal de 24 meses, como (1) el despido *ante tempus* de los trabajadores cercanos a acumular ese plazo temporal, o (2) la no contratación –o la no renovación– de aquellos trabajadores con anteriores periodos de trabajo en la empresa que, con la nueva contratación, superarían ese plazo temporal”.

Aunque después de 2006 se produjo una importante bajada de la temporalidad (de un pico del 33,95% en el último trimestre de 2006, fue bajando progresivamente hasta

el valle del 21,9% en el último trimestre de 2013, luego volvió a subir), y en dicha bajada seguramente algo tuvo que ver la Reforma laboral de 2006 (aunque también la crisis económica iniciada en 2007 que se cebó especialmente con el trabajo temporal), lo cierto es que la adopción de conductas empresariales elusivas del umbral temporal han impedido a la Reforma laboral de 2006 conseguir un resultado mejor que el efectivamente alcanzado.

Lo que sí resulta tremendamente llamativo es que esas conductas empresariales elusivas del umbral temporal se hayan asumido como normales por los sindicatos (en el caso enjuiciado en la sentencia comentada por los mismos firmantes del Acuerdo de 2006) hasta el extremo de pactar con la empresa una regulación específica de la bolsa de empleo temporal dirigida a evitar que las personas trabajadoras puedan alcanzar dicho umbral.

Frente a tal pacto, claramente contrario a la finalidad de la norma, sale al paso, primero la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, luego la del Tribunal Supremo.

X. Apunte final

Según la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 17 de junio de 2024, es *contra legem* el acuerdo suscrito entre una empresa pública y la representación sindical según el cual en la bolsa de llamamiento para trabajos temporales quedará en situación de “no disponible temporal” aquel trabajador que, de ser llamado, superaría el límite temporal establecido en el artículo 15.5 del ET y, por aplicación de esta norma, se convertiría en trabajador indefinido no fijo. Un tal acuerdo dejaría sin efecto el artículo 15.5 del ET.

Si esto es así, esos mismos razonamientos deben llevar a concluir que son *contra legem* las siguientes decisiones empresariales: (1) la de despedir a una persona trabajadora *ante tempus* a la vista de que, si concluye la duración de su contrato temporal, alcanzará el umbral temporal que, según el artículo 15.5 del ET, se convierte en fija; y (2) la de no contratar temporalmente a una persona trabajadora que ha prestado servicios con anterioridad en la empresa y que, de ser otra vez contratado, superaría aquel umbral.

Sin embargo, la consulta de repertorios de jurisprudencia no arroja casos (s.e.u.o.) en los que se haya cuando menos intentado reclamar la fijeza en dichas ocasiones, acaso porque eludir la norma para evitar la fijeza se ha normalizado y no se ve como algo irregular.

Si bien no se desconocen las dificultades de prueba de la irregularidad atendiendo a la libertad empresarial de contratación, el fraude de ley no debería nunca prevalecer y circunstancias como la renovación de otras personas trabajadoras en situación contractual semejante, aunque con cómputos de trabajo no cercanos al umbral temporal, o como la actuación de la empresa en casos anteriores, se podrían utilizar como indicios de fraude para conseguir, a través de un juicio de despido (incluso en los casos de no renovación), la declaración de improcedencia asociada a la declaración de fijeza de la relación laboral.

§ 68 Alcance del principio de legalidad en la regulación del plazo de prescripción de las sanciones en el orden social.

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social (TSJ de Madrid).

Resumen: *En la sentencia comentada se analiza por la Sala Cuarta cuál ha de ser el plazo de prescripción aplicable a las sanciones muy graves del orden social, si el de tres años establecido con carácter general por el ordenamiento contencioso administrativo en el artículo 30 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público para las sanciones muy graves, o por el contrario el fijado en el artículo 7.3 del RD 928/1998 de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.*

Palabras clave: *Prescripción. Sanciones orden social.*

Abstract: *In the judgment commented on, the Fourth Chamber analyses what the limitation period for very serious social sanctions should be, whether the three-year period established by the contentious-administrative system in Article 30 of Law 40/2015 of 1 October, on the Legal Regime of the Public Sector for very serious sanctions, or the one established by article 7.3 of RD 928/1998 of 14 May, which approves the General Regulations on procedures for the imposition of sanctions for social infractions and for the settlement of Social Security contributions.*

Keywords: *Prescripción. Sanciones orden social.*

I. Introducción

Las sentencias que abordan cuestiones procesales revisten cada vez un mayor protagonismo dentro del cuerpo doctrinal de nuestro Alto Tribunal. Una muestra de ello es la sentencia que comentamos que, con un voto particular, trata de analizar lo que hasta ahora parecía una cuestión pacífica: cuál es plazo de prescripción aplicable a las sanciones del orden social.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 927/2024, de 25 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd. núm.4240/2021.

ECLI:ES:TS 2024:3569

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. Concepción Ureste García.

Votos Particulares: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Nos encontramos ante un recurso de casación para la unificación de doctrina formalizado por la representación procesal de una empresa de pinturas que fue sancionada por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. En concreto, el 15 de diciembre de 2014 dicho servicio inspector levantó acta de infracción a la ahora recurrente por la comisión de una falta muy grave del artículo 23.1.a) de la LISOS, esto es por “dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad”. Dicha sanción fue notificada a la compañía, siendo definitivamente confirmada el 25 de febrero de 2015.

Contra dicha resolución se formalizó recurso de alzada en fecha 26 de marzo de 2015, con fecha de registro de entrada de 7 de abril, que fue desestimado por Resolución de 26 de julio de 2018.

En instancia^[1], tras ser desestimada la excepción de prescripción alegada por la empresa demandante, fue desestimada la demanda y confirmada la sanción impuesta por la autoridad laboral.

Recurrida la sentencia en suplicación por la empresa, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha dictó sentencia^[2] desestimatoria, confirmando lo acordado en la instancia, argumentando que: *“nos encontramos ante una sanción que devino firme, siendo el día inicial para la prescripción de la misma el siguiente a aquel en que se cumplió el plazo de tres meses exigidos para la presunción de desestimación por silencio. En concreto, si el recurso de alzada se interpuso el 26-3-15, es palmario que el plazo de prescripción de la sanción no se había agotado al momento de dictarse resolución escrita el 26-7-18, de la que derivaba la efectividad de la sanción impuesta. Conviene reseñar que estos son los términos estrictos en los que se nos ha planteado el debate, y así debemos nosotros decidirlo, quedando fuera de nuestra consideración eventuales retrasos posteriores en la ejecución de la sanción.*

En consecuencia, no se habría producido la prescripción de la infracción como tampoco de la sanción, y al entenderlo así la resolución de instancia, debe confirmarse la misma, aun con las matizaciones argumentales ya referidas”.

IV. Posición de las partes

Recorre en casación unificadora la empresa sancionada citando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana el 21 de noviembre de 2017 en procedimiento sobre impugnación de actos administrativos. En tal caso por resolución de 23 de enero de 2009 se acordó imponer a la empresa cinco sanciones por cuatro infracciones graves y una muy grave. La parte actora interpuso recurso de alzada el 23-3-2009, resuelto expresamente el 9-5-2014. Desestimada la demanda en la instancia, la empresa alegó en suplicación que las sanciones estaban prescritas por el transcurso de tres y dos años respectivamente. La referencial aplica los arts. 122.2 Ley 39/2015 y 30 Ley 40/2015 y declara que el plazo de prescripción de la sanción comenzó a correr el día siguiente a los tres meses desde la interposición del recurso de alzada, es decir el 24-7-2009 (sic), de modo que al dictarse la resolución expresa el plazo ya había transcurrido y así estima el recurso de la empresa dejando sin efecto las sanciones impuestas.

El Ministerio Fiscal admitió la presencia de contradicción recordando que la Sala Cuarta ya se posicionó sobre la cuestión controvertida en sentencia de 24 de marzo de

2021 (rcud.3457/2019) optando por el plazo de prescripción de 5 años en perjuicio del de tres años postulado por la empresa sancionada

La Abogacía del Estado impugnó el recurso alegando la falta de contenido casacional en tanto que la actora pretende se aplique un plazo de prescripción ajeno por completo al caso, pues existe una norma especial (la contenida en el artículo 30 de la LRJS) que disciplina la materia y remite a la regulación reglamentaria, más concretamente al 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, en cuyo artículo 7.3 se fija el plazo de prescripción de 5 años para las sanciones del orden social.

V. Normativa aplicable al caso

Como hemos adelantado, la Sala interpreta esencialmente los siguientes preceptos:

- Art. 132 Ley 30/1992, en cuya virtud *“Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Si éstas no fijan plazos de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.*

2. *El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.*

Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

3. *El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción.*

Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.”- Se analiza también el artículo 210.2 de la LRJS en cuya virtud “En el escrito se expresarán por separado, con el necesario rigor y claridad, cada uno de los motivos de casación, por el orden señalado en el artículo 207, razonando la pertinencia y fundamentación de los mismos y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas, así como, en el caso de invocación de quebranto de doctrina jurisprudencial, de las concretas resoluciones que establezcan la doctrina invocada y, en particular, los siguientes extremos:

a) *En los motivos basados en infracción de las normas y garantías procesales, deberá consignarse la protesta, solicitud de subsanación o recurso destinados a subsanar la falta o trasgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello y el efecto de indefensión producido.*

b) *En los motivos basados en error de hecho en la apreciación de la prueba deberán señalarse de modo preciso cada uno de los documentos en que se fundamente y el concreto extremo a que se refiere, ofreciendo la formulación alternativa de los hechos probados que se propugna”.*

- Art. 7.3 RD 928/1998, de la prescripción y cosa resuelta en cuya virtud *“Las sanciones impuestas prescribirán a los cinco años, a contar desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción”.*

- Artículo 51 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), sobre normativa aplicable que dispone que *“Corresponde al Gobierno dictar el Reglamento de procedimiento especial para la imposición de sanciones del orden social”*.

VI. Doctrina básica

La cuestión analizada por la Sala Cuarta en la sentencia comentada no es otra que la de determinar si el plazo de prescripción aplicable a las sanciones muy graves en el orden social es el común de tres años previsto en el artículo 30.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público previsto para las sanciones e infracciones administrativas derivadas de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, o si por el contrario resulta de aplicación el especial de cinco años a que se refiere el artículo 7.3 del RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social.

Tal materia ya fue tratada recientemente por el Pleno del Alto Tribunal en sentencia 926/2024, de 25 de junio, rcud.2385/2021 que examinaba esta misma cuestión en relación con la impugnación de una sanción impuesta por la Inspección de Trabajo a un empresario por una falta muy grave del art. 23.1 LISOS, al tener empleados a dos trabajadores beneficiarios de prestación de desempleo. Entonces la Sala, acudiendo a su doctrina precedente^[3], razonaba que de la propia redacción del artículo 30.1 de la Ley 40/2015 (primero de los criterios de interpretación de la ley al que hemos de acudir de acuerdo con el mandato de artículo 1.3 del CC) se deducía que las reglas sobre prescripción contenidas en dicha norma administrativa poseían carácter subsidiario, de tal suerte que solo cuando la “normativa legal” que regulara una materia se encontrara huérfana de una reglamentación propia en tal ámbito, es cuando se activarían las reglas sobre prescripción contenidas en el artículo 30.1 de la LRJSP.

Descarta también la Sala la aplicación de los tiempos más breves de prescripción manejados por la norma administrativa por aplicación del principio general de aplicación retroactiva de la norma más favorable, pues afirma que *“la aplicación retroactiva más favorable de los plazos que menciona ese mismo precepto podrá extenderse, sin duda, a los supuestos en los que las normas legales anteriores no contengan una disposición específica al respecto, pero no a los casos en los que la normativa precedente regula de forma expresa los plazos de prescripción, cuya vigencia no se ha visto alterada por esta nueva normativa”*.

Sigue razonando el Tribunal indicando que el legislador no ha querido derogar y sustituir los anteriores plazos de prescripción de las infracciones y sanciones por los contemplados en el art. 30.1 Ley 40/2015. Tan solo pretende subsanar las posibles lagunas legales, cuando la normativa que regula las infracciones y sanciones no fija plazos de prescripción. De haber querido derogar las disposiciones legales anteriores en materia de prescripción de infracciones y sanciones que pudieren contemplar plazos superiores a los que menciona ese precepto, debería de haberlo indicado expresamente, o, al menos, redactar de manera diferente ese mismo precepto legal, al que expresamente atribuye naturaleza subsidiaria en defecto de la normativa legal vigente en cada caso”.

El nudo gordiano del debate jurídico (y que centrará la atención del magistrado discrepante en la redacción de su voto particular) consiste en determinar si el marco regulatorio de la prescripción está, o no, sujeto por imperativo del principio de legalidad que ha de regir la actuación sancionadora de la Administración, a reserva de ley en su sentido formal o técnico, impidiendo así que una norma con rango reglamentario (como lo es el RD 928/1998) contemple una materia que por decisión del legislador le está vedada.

La posición mayoritaria de la Sala razona que la especialidad de los bienes jurídicos en conflicto impone la necesidad de reglamentar un procedimiento

sancionador especial, y es esto lo que precisamente actúa el artículo 51 de la LISOS habilitando en su apartado primero al Gobierno para dictar por vía reglamentaria la norma que discipline dicho procedimiento. El procedimiento sancionador en sus aspectos esenciales, común para todas las Administraciones Públicas, se regulará en sus aspectos esenciales por la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, siendo de aplicación subsidiaria las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que regula el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (artículo 51.2 de la LISOS), recogiendo la propia norma un sistema normativo para la prescripción de las infracciones pero no de las sanciones.

Concluye la Sala que la remisión del artículo 51 de la LISOS a la norma administrativa común en materia de prescripción es de carácter subsidiario, y operaría sólo para el caso en que la ley laboral, interpretada no en sentido estricto, sino en sentido amplio, no contuviera una específica regulación en materia de prescripción de sanciones, extremo que no concurre pues el RD 928/1998 en su artículo 7 contiene dicha reglamentación, no habiendo sido derogado ni por la LISOS, ni por ninguna norma posterior.

El voto particular firmado por el magistrado Blasco Pellicer discrepa del sentir general de sus compañeros de Sala, razonando que el principio de legalidad que ha de regir la potestad sancionadora de la Administración pública representa tendría una doble consecuencia: por un lado la necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y sanciones correspondientes, mediante preceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables^[4]; y por otra de carácter formal, que haría referencia al rango de las normas tipificadoras de las infracciones de las sanciones, por cuanto que el término "legislación vigente" contenido en el art. 25.1 CE es expresivo de una reserva de Ley.

El hecho de que el plazo de prescripción de las sanciones se contenga en una norma con rango reglamentario quebranta a juicio del magistrado el principio de reserva de ley material que imperaría en derecho sancionador, siendo por tato la regulación contenida en el RD 928/1998 contraria al principio de legalidad, debiendo estarse en consecuencia al plazo de prescripción de tres años a que se refiere el artículo 30 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

VII. Parte dispositiva

Atendiendo a lo expuesto, la Sala desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa recurrente, confirmando y declarando la firmeza de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, de 7 de octubre de 2021 en autos 1369/2020.

VIII. Pasajes decisivos

Concentra el Tribunal sus razonamientos jurídicos más relevantes en el tercero de sus fundamentos de derecho, donde sintetiza su doctrina precedente y añade nuevos razonamientos para consolidarla y asentarla.

IX. Comentario y Apunte Final

La Sala Cuarta analiza una cuestión que hasta ahora aparecía como pacífica. Tan es así, que la sentencia comentada cita copiosa doctrina^[5] previa de la Sala en la que se declara de manera reiterada que es el plazo de cinco años a que se refiere el RD 928/1998 al que habrá de estarse a los efectos que ahora nos ocupan.

Pese a ello, sin existir modificación normativa alguna, o variación de la doctrina constitucional que invite al Tribunal a reconsiderar su posición (y siendo la misma la composición de nuestro Alto Tribunal) la Sala, en Pleno, reconsidera su doctrina

cuestionándose la validez y legalidad del precepto reglamentario analizado; y que insistimos, de manera pacífica había venido aplicando en innumerables ocasiones.

Destacar que la constitucionalidad de la posibilidad de regulación por vía reglamentaria de la prescripción ya fue declarada por el propio Tribunal Constitucional en sentencia 29/1989, de 6 de febrero, donde vino a señalar que *"ni del art. 25.1 de la Constitución se deriva inequívocamente una reserva de ley para la regulación del plazo de prescripción de las sanciones administrativas"*^[6].

En definitiva, lo expuesto, no viene más que a consolidar un cuerpo doctrinal asentado ya por la Sala de la Villa de París, pese a una posición minoritaria de la Sala, lo cual no deja de evidenciar la naturaleza viva del Derecho.

Referencias:

1. [^] *En sentencia del Juzgado de lo Social de lo Social número 1 de Cuenca de 288 de febrero de 2020, recaída en autos número 998/2020, que en relación con la excepción de la prescripción razonaba que "En primer lugar y con carácter previo a entrar a resolver, en su caso, el fondo del asunto, ha de resolverse la excepción de prescripción alegada por la empresa demandante, que argumenta que ha transcurrido el plazo de tres años contemplado legalmente para las infracciones muy graves, como es el caso. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 4.1 del TRLISOS, "1. Las infracciones en el orden social a que se refiere la presente Ley prescriben a los tres años contados desde la fecha de la infracción, salvo lo dispuesto en los números siguientes", mientras que de conformidad con el artículo 115.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable por razones de vigencia temporal, "2. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado el recurso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 43.2, segundo párrafo"; ha de entenderse que la remisión al artículo 43.2, segundo párrafo, lo es al artículo 43.1, segundo párrafo, tras la modificación del artículo 43 efectuada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre. En el caso de autos, se desprende del expediente administrativo que la infracción fue cometida el 6 de mayo de 2014, de manera que dicha infracción no prescribiría hasta el 6 de mayo de 2017. Del mismo modo, consta en el expediente que la Resolución sancionadora es de fecha 25 de febrero de 2015, habiendo sido recurrido en alzada con fecha 26 de marzo de 2015, con entrada en la Inspección de Trabajo en fecha 7 de abril de 2015. Así, si bien la Resolución que expresamente desestima dicho recurso de alzada es de fecha 26 de julio de 2018 y, por tanto, posterior a la fecha en que habría de considerar prescrita la infracción, ha de tenerse en cuenta que de conformidad con el citado artículo 115.2 de la Ley 30/1992, no habiéndose dictado resolución expresa del mismo en el plazo de tres meses desde que tuvo entrada en la Inspección de Trabajo, dicho recurso ha de entenderse desestimado por resolución presunta. Por tanto, atendiendo a lo anteriormente expuesto, así como a la normativa aplicable, procede desestimar la excepción de prescripción alegada por la empresa demandante".*
2. [^] *Sentencia de 7 de octubre de 2021, RSU1369/2020.*

3. ^ Sentada entre otras en STS 184/2023, de 9 de marzo, rcud.417/2020; 1012/2021, de 13 de octubre, rcud.3982/2018.
4. ^ La garantía material, en palabras de STC 242/2005, de 10 de octubre [j 13] y STC 162/2008, de 15 de diciembre [j 14]: aparece derivada del mandato de taxatividad o de lex certa y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible (principio de tipicidad) para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones.
5. ^ [5] Así, SSTs 342/2021, de 24 de marzo, rcud.3457/2019; 795/2021, de 19 de julio, rcud.4160/2018; 1012/2021, de 13 de octubre, rcud.3982/2018; 184/2023 de 9 de marzo, rcud.417/2020; 488/2023, de 6 de julio, rcud.1136/2020 o la 756/2021, de 7 de julio proc. 1/2018
6. ^ Sobre este particular ver Palomar, A. y Fuertes, F.J, *Practico Contencioso Administrativo*. V-LEX.

§ 69 ¿Qué hacer cuando descanso semanal y festivo laboral se solapan?

María Areta Martínez

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

Resumen: La STS-SOC núm. 997/2024, de 9 de julio (RCO núm. 222/2022), dictamina que no resulta ajustado a Derecho que los días de descanso mínimo semanal se solapen con los 14 festivos anualmente establecidos sin que la empresa compense por ello de algún modo a la persona trabajadora afectada. En el caso ahora examinado: 1) la empresa cuenta con 13 establecimientos comerciales en la Comunidad de Madrid que abren al público los 7 días de la semana (incluidos domingos y festivos); 2) existe un acuerdo de empresa que fija la duración del descanso semanal en 48 horas; 3) el convenio colectivo aplicable señala que, al menos, cinco descansos semanales se disfrutarán en sábado y domingo continuado; y 4) el calendario recoge que los 14 festivos anuales se solapan con días de descanso semanal.

Palabras clave: Descanso mínimo semanal. Festivos laborales. Solapamiento. Compensación.

Abstract: Il peut arriver qu'un jour férié coïncide avec un jour de repos hebdomadaire. Cette situation ouvre droit à une indemnité compensatoire ou à un jour de repos supplémentaire.

Keywords: Jour férié. Jour de repos hebdomadaire.

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la STS-SOC núm. 997/2024, de 9 de julio (ECLI:ES:TS:2024:3970), que resuelve el recurso de casación ordinario núm. 222/2022, interpuesto por la Federación de Servicios de CC.OO. contra la STSJ de Madrid-SOC núm. 432/2022, de 18 de julio (ECLI:ES:TSJM:2022:9606), que resuelve demanda de conflicto colectivo interpuesta contra la empresa editorial Espasa Calpe, S.A. (nombre comercial “La Casa del Libro”).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 997/2024, de 9 de julio.

Tipo y número de procedimiento: RCO núm. 222/2022.

ECLI:ES:TS:2024:3970

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luz García Paredes

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión de fondo consiste en determinar si es ajustado a Derecho que los 14 festivos anualmente establecidos se solapen con días de descanso mínimo semanal sin que la empresa efectúe compensación alguna por ello a las personas trabajadoras afectadas.

El conflicto colectivo afecta a 270 trabajadores que vienen prestando servicios en las 13 tiendas que la empresa Espasa Calpe, S.A. (con nombre comercial librería “La Casa del Libro”) tiene situadas en la Comunidad de Madrid. Las relaciones laborales en la empresa se rigen por el Convenio Colectivo estatal del sector del ciclo de comercio del papel y artes gráficas 2019-2021 (código convenio núm. 99001105011981), cuyo artículo 34.4 dispone que *Las personas trabajadoras tendrán derecho a disfrutar de al menos cinco fines de semana de calidad libres al año. Este disfrute será de sábado y domingo continuado*. La empresa, que abre los 7 días de la semana (incluidos domingos y festivos), reconoce a todos los trabajadores el derecho a disfrutar, al menos, de 5 fines de semana de calidad (en sábado y domingo) al año. En orden a la resolución de la cuestión de fondo planteada destaca el *iter* cronológico señalado a continuación:

El **23 de enero de 2008**, la empresa y la representación de los trabajadores del centro de trabajo ubicado en la calle Fuencarral núm. 119 de la ciudad de Madrid acuerdan la aplicación de un descanso mínimo semanal de 48 horas.

El **17 de abril de 2018**, en conciliación extrajudicial celebrada ante el Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid, se establece que el acuerdo de 23 de enero de 2008, relativo a la duración mínima del descanso semanal, se extienda antes del 31 de julio de 2018 a los 12 centros de trabajo restantes ubicados en la Comunidad de Madrid.

El **11 de marzo de 2022**, la Inspección de Trabajo remite oficio en el que señala que no se han constatado los incumplimientos denunciados por la sección sindical de CC.OO. La Inspección de Trabajo señala que, tras realizar las actuaciones inspectoras pertinentes, no se comprobaron los incumplimientos denunciados. En relación con el incumplimiento del acuerdo de 23 de enero de 2008, relativo al descanso semanal de 48 horas, la Inspección de Trabajo remite al sindicato denunciante a plantear demanda de conflicto colectivo conforme al artículo 153.1 de la LRJS.

El **3 de mayo de 2022**, tras solicitar informe a la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo, se presentó solicitud de mediación ante el Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid.

El **16 de junio de 2022** se celebró el acto de mediación ante el Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid, con el resultado de SIN AVENENCIA.

El **20 de junio de 2022**, la Federación de Servicios de CC.OO. presentó en el registro de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid demanda de conflicto colectivo frente a la empresa Espasa Calpe, S.A., en la que solicita que se declare: 1) el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto colectivo a disfrutar de, al menos, 5 fines de semana de calidad al año (sábado y domingo continuado), conforme a lo dispuesto en el artículo 34.2 del Convenio Colectivo sectorial aplicable; y 2) no ser ajustado a Derecho que los días de descanso mínimo semanal se solapen con los 14 festivos anualmente establecidos (sin que la empresa establezca compensación alguna).

El **22 de junio de 2022**, la demanda de conflicto colectivo fue admitida a trámite por Decreto de la Letrada de la Administración de Justicia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid.

El **12 de julio de 2022** se celebraron los actos de conciliación judicial y juicio.

El **18 de julio de 2022**, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda de conflicto colectivo formulada por la Federación de Servicios de CC.OO. Contra dicha resolución se interpone RCO, que viene a resolver la **STS-SOC núm. 997/2024, de 9 de julio**, que ahora se comenta.

IV. Posiciones de las partes

1. La parte recurrente (Federación de Servicios de CC.OO.)

La Federación de Servicios de CC.OO., como parte demandante y ahora recurrente, interpone RCO frente a la STSJ de Madrid-SOC núm. 432/2022, de 18 de julio (ECLI:ES:TSJM:2022:9606), que desestima la demanda de conflicto colectivo en la que se instaba a declarar que: 1) los 270 trabajadores afectados por el conflicto colectivo tienen derecho a disfrutar de, al menos, 5 fines de semana de calidad (sábado y domingo continuado) al año; y 2) no es ajustado a Derecho que los días de descanso mínimo semanal se solapen con los 14 festivos laborales establecidos anualmente.

La parte recurrente funda el RCO en los dos motivos siguientes:

- Primer motivo: error en la valoración de la prueba, ex artículo 207.d) de la LRJS, solicitando la adición de un nuevo hecho probado.
- Segundo motivo: infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable, ex artículo 207.e) de la LRJS. Concretamente, la parte recurrente denuncia infracción del artículo 37 del ET, del artículo 34 del Convenio Colectivo aplicable y del artículo 5 de la Directiva 2003/88/CE.

2. La parte recurrida (empresa Espasa Calpe, S.A. – “La Casa del Libro”)

La empresa Espasa Calpe, S.A. (“La Casa del Libro”), como parte demandada y ahora recurrida, impugna el RCO interpuesto por la Federación de Servicios de CC.OO., alegando:

- En relación con el primer motivo, referido a la revisión fáctica por error en la valoración de los documentos aportados en autos, ex artículo 207.d) de la LRJS, la parte recurrente alega que la Sala de lo Social del TSJ de Madrid ya tuvo en cuenta y valoró los documentos que fundan la misma. Además, la afirmación que la parte recurrente pretende introducir en el nuevo hecho probado que se propone no es cierta ni fue planteada en la demanda.
- En relación con el segundo motivo, referido a la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, ex artículo 207.e) de la LRJS, la parte recurrente alega que: 1) la empresa no asigna de forma arbitraria los descansos mínimos; 2) el Acuerdo de 23 de enero de 2018 nada indica sobre si la empresa debe compensar con otro día de descanso en el supuesto de que el descanso mínimo semanal coincida con festivo, lo cual indica la voluntad de las partes de no querer fijar ninguna compensación; 3) del artículo 5 de la Directiva 2003/88/CE se desprende que no puede solaparse el descanso mínimo semanal con el diario, pero nada relacionado con el solapamiento del descanso mínimo semanal con día festivo; 4) la STS-SOC núm. 570/2022 (RCO núm. 73/2020. ECLI:ES:TS:2022:2806) solo estableció que procede compensación cuando el solapamiento entre descanso mínimo semanal y día festivo se produce en caso de trabajadores a turnos que no tienen

establecido el descanso semanal en días fijos de la semana; y 5) de estimarse el RCO, existiría una discriminación entre trabajadores a turnos, que tienen derecho a compensar el festivo no disfrutado, y los trabajadores de la misma empresa con turno fijo.

3. El Ministerio Fiscal

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 214.1 de la LRJS, el Ministerio Fiscal emite informe sobre la procedencia de la casación pretendida, señalando que:

- El primer motivo del RCO, referido al error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos [artículo 207.d) LRJS], debería ser desestimado. El Ministerio Fiscal considera que la Sala de lo Social del TSJ de Madrid ha analizado extensamente los documentos aportados al proceso de conflicto colectivo tanto por el sindicato actor como por la empresa demandada, concluyendo que el contenido de los aportados por la empleadora no puede ser desvirtuado en modo alguno por los de la parte actora; y ello es así porque la interpretación que la parte actora hace de los calendarios de la empresa no deja de ser una particular conclusión fáctica sin respaldo alguno, en la medida en que: 1) en algunos casos, los calendarios resultan incompletos al no incluir la totalidad de la programación anual o 2) resulta imposible constatar el incumplimiento del artículo 34.4 del Convenio Colectivo aplicable porque se ofrece al TSJ una fotocopia en blanco y negro del calendario, que no permite identificar las fechas por colores que se contienen en el documento original.
- El segundo motivo, referido a la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia [artículo 207.e) LRJS], debería ser estimado. El Ministerio Fiscal considera que resulta aplicable al caso la doctrina recogida en la STS-SOC núm. 570/2022, de 22 de junio (RCO núm. 73/2020. ECLI:ES:TS:2022:2806), que establece el derecho de las personas trabajadoras a *disfrutar sus descansos semanales sin que puedan solaparse con los festivos laborales, compensándose, en su caso, los supuestos que se produzcan de solapamiento*.

V. Normativa aplicable al caso

La STS-SOC núm. 997/2024, de 9 de julio, fundamenta el Fallo en la normativa y jurisprudencia señaladas a continuación:

Normativa de la Unión Europea:

- Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO Unión Europea Serie L núm. 299, de 18 noviembre 2003): artículo 5 (descanso semanal).

Normativa de Derecho interno aplicable al caso:

- Constitución Española (CE) artículo 40.2.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS) (BOE núm. 245, de 11 octubre 2011).
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) (BOE núm. 255, de 24 octubre 2015): artículos 37.1 (descanso semanal) y 37.2 (fiestas laborales).

- Convenio Colectivo estatal del ciclo de comercio del papel y artes gráficas 2019-2021 (Código convenio núm. 99001105011981) (BOE núm. 219, de 14 agosto 2020): artículo 34.4 (descanso semanal).

Jurisprudencia aplicable al caso:

- STS-SOC (Pleno) núm. 570/2022, de 22 de junio (RCO núm. 73/2020. ECLI:ES:TS:2022:2806).
- STS-SOC núm. 41/2021, de 14 de enero (RCUD núm. 3962/2018. ECLI:ES:TS:2021:46).
- STS-SOC núm. 570/2023, de 20 de septiembre (RCO núm. 250/2021. ECLI:ES:TS:2023:3882).
- STS-SOC núm. 509/2024, de 20 de marzo (RCO núm. 98/2022. ECLI:ES:TS:2024:1746).

VI. Doctrina básica

La STS-SOC núm. 997/2024, de 9 de julio (RCO núm. 222/2022), dictamina que no resulta ajustado a Derecho que los días de descanso mínimo semanal se solapen con los 14 festivos anualmente establecidos sin que la empresa compense por ello de algún modo a la persona trabajadora afectada. Esta doctrina resulta aplicable con independencia de que la persona trabajadora tenga turno fijo o trabaje a turnos y, por tanto, con independencia de que tenga o no establecido el descanso semanal en días fijos.

El TS completa su doctrina interpretando el significado de dos silencios:

- El hecho de que un acuerdo de empresa, que mejora la duración mínima del descanso semanal fijada en la Directiva 2003/88/CE y en el artículo 37.1 del ET, no contemple la compensación del festivo laboral no disfrutado por solaparse con descanso semanal, no determina la voluntad de las partes de no querer fijar ninguna compensación. De hecho, la voluntad de mejorar la duración mínima legal del descanso semanal es contradictoria con el solapamiento de ambos descansos (festivo y descanso semanal).
- El hecho de que la doctrina del TJUE nada haya indicado sobre el solapamiento entre descanso mínimo semanal y los días festivos al interpretar el artículo 5 de la Directiva 2003/88/CE, no significa que la voluntad de las partes sea no querer fijar una compensación. El TJUE se pronuncia sobre las cuestiones prejudiciales que plantean los jueces nacionales, de modo que si un juez nacional no plantea una cuestión prejudicial sobre solapamiento de descanso semanal con festivo, el TJUE no se pronuncia al respecto.

VII. Parte dispositiva

En nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la CE, la Sala de lo Social del TS ha decidido:

- **Primero.** Estimar el RCO núm. 222/2022 interpuesto por la Federación de Servicios de CC.OO. contra la STSJ de Madrid-SOC núm. 432/2022, de 18 de julio, dictada en proceso de conflicto colectivo.
- **Segundo.** Revocar la STSJ de Madrid-SOC núm. 432/2022, de 18 de julio, dictada en proceso de conflicto colectivo.
- **Tercero.** Declarar que no es ajustado a Derecho que los días de descanso mínimo semanal se solapen con los 14 días festivos anualmente establecidos.

- **Cuarto.** Acordar la no imposición de costas.

VIII. Comentario

La STS-SOC núm. 997/2024 expone con orden y claridad la jurisprudencia de la Sala que aborda la cuestión relativa al solapamiento del descanso semanal con festivo laboral, reconociendo el derecho a disfrutar de los descansos semanales sin que puedan solaparse con los festivos laborales. Con todo, no parece que haya impedimento para replantear la cuestión, señalando que se centra en la falta de disfrute de una fiesta laboral por coincidir con día de descanso semanal. Así, no se trataría tanto de compensar un día del descanso semanal que coincide con festivo, en cuyo caso el descanso semanal dejaría de ser ininterrumpido, sino más bien de compensar un festivo, que deja de disfrutarse por coincidir en el mismo día con descanso semanal.

La argumentación que la Sala realiza para llegar al fallo responde a las tres cuestiones siguientes:

Primera cuestión: ¿cuál es la finalidad de las fiestas laborales? El TS declara que la finalidad de las fiestas laborales reguladas por el artículo 37.2 del ET es doble; a saber: 1) permitir que toda la sociedad celebre de forma conjunta ciertas efemérides cívicas (culturales) y religiosas, reforzando los lazos de convivencia social; y 2) contribuir al descanso de la persona trabajadora, de igual modo que lo hacen el descanso diario, el descanso semanal y el descanso anual (vacaciones), cumpliendo así con el mandato que el artículo 40.2 de la CE dirige a los poderes públicos de garantizar el descanso necesario en el trabajo.

Segunda cuestión: ¿qué sucede cuando (todos o) alguno de los 14 festivos laborales del año coincide con día de descanso semanal? La fiesta laboral no cumple con la finalidad que tiene de contribuir al descanso de la persona trabajadora cuando no puede disfrutarse porque coincide con un día de descanso semanal. El TS dictamina que la empresa deberá compensar de alguna manera a la persona trabajadora que no disfruta del festivo laboral por solaparse con descanso semanal; y ello es así por el derecho que la persona trabajadora tiene a disfrutar del festivo laboral sin solaparse con día de descanso semanal.

Tercera idea: ¿cómo ha de compensar la empresa a la persona trabajadora que deja de disfrutar un festivo laboral porque coincide con día de descanso semanal? El TS establece que la empresa debe compensar a la persona trabajadora que no disfruta de un festivo laboral por solaparse con día de descanso semanal. Sin embargo, el TS no llega a concreta cómo ha de realizarse dicha compensación, lo cual resulta congruente por no ser la cuestión de fondo planteada. Llegados a este punto cabe diferenciar dos situaciones:

- Primera situación: el día festivo y el día completo del descanso semanal coinciden en domingo. Este solapamiento puede resolverse aplicando lo dispuesto en el artículo 37.2.párrafo 2º del ET y el artículo 45.2 del Real Decreto 2001/1983, que trasladan el descanso por festivo al lunes inmediatamente posterior cuando coincide con domingo. Por tanto, cuando un festivo sea en domingo y no se disfrute por coincidir con día de descanso semanal: 1) se compensa con otro día de descanso; y 2) el día de descanso compensatorio será el lunes inmediatamente posterior al domingo, siempre que sea laborable. Nótese que esta primera situación parte de lo dispuesto en el artículo 37.1.párrafo 1º del ET, que fija la duración mínima del descanso semanal en día y medio ininterrumpido (para personas trabajadores mayores de edad) y su disfrute, por regla general, el día completo del domingo y la tarde del sábado o la mañana del lunes. No obstante, esta regla general puede ser excepcionada, fijando el disfrute del descanso semanal entre semana, lo cual sucede en algunas actividades como, por ejemplo, las desarrolladas en establecimientos

comerciales que abren al público en domingo, que precisamente es el caso ahora examinado; es entonces cuando el solapamiento de festivo con descanso semanal puede acontecer en día distinto del domingo.

- Segunda situación: el festivo y el descanso semanal coinciden en un día de la semana distinto del domingo. La normativa laboral no contempla la compensación del festivo laboral no disfrutado por coincidir con descanso semanal en día distinto del domingo. El TS declara que el festivo laboral no disfrutado en tal caso debe compensarse, pero no precisa cómo realizar la compensación, lo cual es congruente dado que no forma parte de la cuestión de fondo planteada. Sin perjuicio de lo dispuesto al respecto en convenio colectivo o acuerdo de empresa, cabe entender que hay dos formas alternativas de compensar un festivo que se solapa con descanso semanal en día distinto del domingo:
 - Primera forma de compensar: reconocer un día de descanso compensatorio que, al igual que la fiesta laboral, será retribuido y no recuperable. El día de descanso compensatorio será laborable, porque de otro modo podría coincidir nuevamente con otro descanso, bien semanal, bien anual.
 - Segunda forma de compensar: abonar una compensación económica. Cabe entender que la compensación económica del festivo no disfrutado ha de ser de cuantía superior a la retribución del festivo que se descansa. Tal vez resulte acertado que la compensación económica del festivo no descansado sea de cuantía equivalente a la retribución del trabajo en festivo que establece el artículo 47 del Real Decreto 2001/1983. Así, el festivo no descansado será compensado en cuantía equivalente al importe de las horas que hubiera correspondido trabajar ese día de no ser festivo, incrementadas, como mínimo, en un 75 %.

IX. Apunte final. Sobre las causas que impide el disfrute de una fiesta laboral

A modo de apunte final merece la pena detenerse en las causas que impiden el disfrute de un festivo laboral, cuándo procede la compensación y, en su caso, cuál ha de ser la compensación. Cabe diferenciar, al menos, tres causas:

- Primera causa: la persona trabajadora no disfruta del festivo laboral porque coincide con día de descanso semanal. La STS-SOC núm. 997/2024, que ahora se comenta, dictamina que la empresa compensará a la persona trabajadora que no disfruta el festivo laboral que coincide con día de descanso semanal. En orden a fijar la compensación conviene diferenciar, tal y como ha quedado expuesto en el apartado VIII de este comentario, según que el festivo laboral y el descanso semanal coincidan o no en domingo.
- Segunda causa: la persona trabajadora no disfruta del festivo laboral porque coincide con día de descanso anual (vacaciones). Si las vacaciones se fijan en días laborables, no cabe que se solapen con festivo. Si las vacaciones se fijan en días naturales, puede que alguno se solape con festivo, en cuyo caso la práctica habitual ha venido siendo que el festivo “se pierde”, es decir, el festivo que coincide con día de vacación no se compensa con otro día de descanso ni tampoco económicamente. Llegados a este punto resulta conveniente examinar si la doctrina que recoge la STS-SOC núm. 997/2024, referida al solapamiento entre descanso mínimo semanal y días festivos, resulta extensible a los supuestos de solapamiento de descanso mínimo anual (vacaciones) con

días festivos. Nótese que la finalidad de las vacaciones (descanso anual) y de los días festivos es la de contribuir al descanso, de modo que habría argumento jurídico para afirmar que cuando las vacaciones coinciden con alguno de los 14 festivos laborables, la empresa compensará de algún modo el festivo no disfrutado porque hay que garantizar tanto un descanso (el vacacional) como el otro (festivo). Nótese que tanto el festivo como las vacaciones se retribuyen (artículos 37.2 y 38.1 ET). Sin embargo, el festivo puede sustituirse por compensación económica y las vacaciones no (artículo 38.1 ET).

- Tercera causa: la persona trabajadora no disfruta del festivo porque ese día trabaja. En tal caso, el festivo no disfrutado se compensa con descanso o económicamente. En relación con la compensación del festivo trabajado, el artículo 47 de Real Decreto 2001/1983 dispone que *cuando, excepcionalmente y por razones técnicas u organizativas, no se pudiera disfrutar el día de fiesta correspondiente [...], la Empresa vendrá obligada a abonar al trabajador [...] el importe de las horas trabajadas en el día festivo [...] incrementadas en un 75 por 100, como mínimo, salvo descanso compensatorio*. Salvo que el convenio colectivo recoja previsión sobre el trabajo en festivo, cabe entender que corresponde a la empresa (y no a la persona trabajadora) optar entre retribuir el festivo trabajado en los términos expuestos o reconocer descanso compensatorio. La mayoría de convenios colectivos que regulan el trabajo en festivo, optan por el descanso compensatorio.

Más allá de las tres situaciones indicadas, merece la pena exponer, siquiera sea brevemente, el solapamiento de festivo laboral con el permiso por matrimonio o por registro de pareja de hecho. El artículo 37.3.a) del ET reconoce a la persona que trabaja por cuenta ajena el derecho a un permiso retribuido de 15 días naturales por contraer matrimonio o por registrarse como pareja de hecho. Llegados a este punto se plantean dos cuestiones que conectan el disfrute de este permiso con los festivos:

- Primera cuestión: ¿cuál es el *dies a quo* del permiso cuando la celebración del matrimonio o el registro de la pareja de hecho tiene lugar en día festivo? En relación con la fecha de inicio de disfrute del permiso por contraer matrimonio, el TS ha declarado que^[1]: 1) si el matrimonio se celebra en día laborable, el *dies a quo* del permiso es el mismo de la celebración; dicho de otro modo: el día de la ceremonia computa dentro de los 15 días de permiso porque de no ser así supondría el reconocimiento de 16 días de permiso; y 2) si el matrimonio se celebra en día festivo o no laborable, el *dies a quo* del permiso es el día laborable siguiente al de la celebración. No hay inconveniente en extender la misma doctrina al *dies a quo* del permiso por registrarse como pareja de hecho. El TS concluye que los permisos a los que la ley no fija otra regla distinta de cómputo habrán de disfrutarse a partir del momento en que la persona trabajadora haya de dejar de acudir al trabajo (día laborable) y no desde una fecha en que no tenía tal obligación.
- Segunda cuestión: ¿qué hacer cuando un festivo se solapa con alguno de los días de permiso por celebración de matrimonio o por registro de pareja de hecho? Como el permiso del artículo 37.3.a) del ET se fija por días naturales, su disfrute incluye tanto días laborables como días festivos y no laborables. Cuando un festivo se solapa con uno de los días de permiso por matrimonio o por registro de pareja de hecho, cabe entender que el festivo se disfruta (como día de descanso) y un día de permiso “se pierde”. Tal solución parece razonable dado que los permisos no tienen por

finalidad la de conceder un descanso que debe garantizarse, sino la de liberar de acudir al trabajo sin pérdida de retribución ante la necesidad de atender una determinada situación conforme a los distintos objetivos para los que se contemplan. La ausencia al trabajo está justificada en un permiso cuando hay obligación de trabajar, lo cual no sucede cuando el permiso coincide con los períodos de vacaciones, con los períodos de suspensión del contrato de trabajo o con días de fiesta laboral. Nótese que los demás permisos del artículo 37.3 del ET se disfrutan en días laborables^[2], de ahí que no quepa su solapamiento con festivo. Tal vez esto hace que el permiso por matrimonio o por registro de pareja de hecho quede en peor situación que los demás permisos retribuidos del artículo 37.3 del ET. No obstante, siempre cabe la posibilidad de que el convenio colectivo intervenga como norma más favorable, ex artículo 3.3 del ET, fijando la duración de dicho permiso en días laborables.

Referencias:

1. ^ Por todas, vid., STS-SOC núm. 257/2020, de 17 de marzo (RCO núm. 193/2018. ECLI:ES:TS:2020:1181); STS-SOC núm. 811/2020, de 29 de septiembre (RCO núm. 244/2018. ECLI:ES:TS:2020:3167); STS-SOC núm. 282/2022, de 30 de marzo (RCO núm. 136/2020. ECLI:ES:TS:2022:1235); STS-SOC núm. 834/2022, de 18 de octubre (RCO núm. 139/2020. ECLI:ES:TS:2022:3826); STS-SOC núm. 73/2023, de 25 de enero (RCO núm. 124/2021. ECLI:ES:TS:2023:545); STS-SOC núm. 502/2023, de 11 de julio (RCO núm. 141/2021. ECLI:ES:TS:2023:3444); STS-SOC núm. 695/2023, de 3 de octubre (RCO núm. 239/2021. ECLI:ES:TS:2023:4106) y STS-SOC núm. 962/2024, de 27 de junio (RCO núm. 147/2022. ECLI:ES:TS:2024:3743).
2. ^ *Ibidem*. El TS declara que cuando la norma jurídica (legal, convencional) no establece el disfrute de los permisos en días naturales, estos permisos deben disfrutarse en los días de trabajo efectivos, siendo su día inicial de cómputo en día laborable. El TS reitera que lo normal es que los permisos se refieran a días laborables, salvo previsión normativa en contrario.

§ 70 Nulidad del despido represalia, con indemnización por daño moral.

Ángel Arias Domínguez

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

Resumen: *El principio de indemnidad laboral es, básicamente, un mecanismo técnico jurídico que protege a la persona trabajadora que ha reclamado, en vía interna laboral, administrativa o judicial, el disfrute de los derechos -laborales, sindicales, de prevención de riesgos o de Seguridad Social- que concede la normativa laboral, legal o estatutaria. Las eventuales actuaciones empresariales ulteriores que pudieran conllevar una pérdida sobrevenida de sus derechos, por imposición de sanciones, traslados, despidos, etc., quedarían en la sombra de sospecha de haberse orquestado como represalia por el ejercicio de sus derechos. El desplazamiento de la carga de la prueba y la aportación por parte de la persona trabajadora de indicios racionales de que la actuación empresarial se ha producido como represalia por la solicitud de derechos son los dos mecanismos técnicos en el que se concreta dicho principio. A dicha situación puede anudarse, sin demasiada dificultad técnica, una lesión de Derechos Fundamentales que requiere ser reparada mediante una indemnización económica, generalmente empleando para su cuantificación la Ley de Infracción y Sanciones del Orden Social.*

Palabras clave: *Principio de indemnidad. Represalia empresarial. Despido nulo. Indemnización por daño moral.*

Abstract: *The principle of labor compensation is, basically, a technical legal mechanism that protects the worker who has claimed, through internal labor, administrative or judicial means, the enjoyment of rights - labor, union, risk prevention or Social Security. - granted by labor, legal or statutory regulations. Any subsequent business actions that could lead to a sudden loss of their rights, due to the imposition of sanctions, transfers, dismissals, etc., would remain under the shadow of suspicion of having been orchestrated as a retaliation for the exercise of their rights. The shifting of the burden of proof and the contribution by the worker of rational indications that the business action has taken place in retaliation for the request for rights are the two technical mechanisms in which this principle is specified. This situation can be linked, without too much technical difficulty, to an injury to Fundamental Rights that requires reparation through economic compensation, generally using the Law of Infringement and Sanctions of the Social Order for its quantification.*

Keywords: *Principle of indemnity. Corporate retaliation. Void dismissal. Compensation for moral damage.*

I. Introducción

Un trabajador indefinido a tiempo parcial solicita mediante un WhatsApp dirigido en enero 2023 al “supervisor” de la empresa “*el disfrute de una semana de vacaciones en el mes de febrero*”. Dos días después recibe la respuesta a su misiva en los siguientes términos: “*Buenas XY, en 2023 hasta el día ese tengo que ver cuantos días te corresponden, pero no te preocupes que vas a tener vacaciones*”.

Cinco días más tarde, siete desde que escribió su mail, el trabajador recibe una carta de despido, con efectos inmediatos, en la que se imputa la comisión de “*faltas laborales muy graves, recogidas en el artículo 49.9 del convenio colectivo de aplicación*”. La carta fue entregada “*en la recepción del gimnasio, pero en una zona reservada*”. La empresa reconoce la improcedencia del despido y pone a disposición de la persona trabajadora la indemnización correspondiente.

Queda acreditado que ese mismo día la empresa despidió a otros tres trabajadores de la misma categoría profesional.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 2396/2024, 20 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de suplicación núm. 1117/2024.

ECLI:ES:TSJGAL:2024:3500.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Elías López Paz.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Dos son las cuestiones principales que se debaten en la resolución. En primer lugar, la concurrencia de los requisitos y funcionalidad de la nulidad del despido por ejercicio de la persona trabajadora de sus derechos laborales, lo que se conoce como despido represalia protegido por el principio de indemnidad. Y, en segundo lugar, la apreciación de lesión de derechos fundamentales por el reconocimiento de la nulidad del despido, así como la cuantificación de la indemnización oportuna.

En la resolución también se intima, aunque sin ninguna incidencia procesal ni sustantiva, la recusación del juzgador, la no valoración de una prueba testifical propuesta, y la modificación del relato de hechos probados. Los fundamentos de derecho segundo, tercero y cuarto dan cumplida respuesta negativas a estos pedimentos de la parte actora.

IV. Posición de las partes

La persona trabajadora entiende que se ha pretendido revestir con el carácter de un despido disciplinario por bajo rendimiento de la persona trabajadora una represalia directa por las solicitudes del trabajador del disfrute de sus vacaciones mediante WhatsApp. No es dudoso que tenía pendientes de disfrute días de vacaciones, circunstancia que ha resultado judicialmente probada y no fue discutida por la mercantil demandada, y tampoco cabe albergar duda alguna en que la secuenciación temporal de hechos -reclamación y luego despido- permite deducir que se ha vulnerado el principio de indemnidad en los términos configurado, entre otras muchas, por la STC 6/2011, de 14 de febrero.

Asumiendo la nulidad del despido por violentación del principio de indemnidad, la reparación integral del derecho fundamental vulnerado que se asocia a dicha

consecuencia jurídica requiere la indemnización de los daños morales que tal vulneración supone, por lo que, empleado para ellos los mecanismos tradicionales que el derecho conoce para estos casos (que sucintamente se enunciarán seguidamente), solicita una montante económico indemnizatorio que se sitúa en la horquilla mínima que para estos casos se concede empleados la LISOS.

La mercantil demandada entiende, por su parte, que el despido no puede considerarse represalia hacia la persona trabajadora, porque el cese en el empleo obedeció, estrictamente, a las imputaciones que se le hacen al trabajador en la carta de despido. Entiende, por otro lado, que el reconocimiento de la improcedencia del despido no supone, en modo alguno, la asunción del relato de hecho propuesto por la persona trabajadora

V. Normativa aplicable al caso

Art. 5.c) del Convenio OIT núm. 158 sobre la terminación de la relación de trabajo (1982): *“Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: .../...c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes”*.

Estatuto de los trabajadores:

- Art. 4.2.g): *“En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:.../...g) Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo”*.

- Art. 55.5: *“5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora.*

Será también nulo el despido, en los siguientes supuestos: b).../... el de las personas trabajadoras.../...por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral”.

VI. Doctrina básica

El derecho a la tutela judicial efectiva se concreta desde el punto de vista sustantivo, entre otras manifestaciones, garantizando que del ejercicio de cualquier acción judicial en reclamación de los derechos de la persona trabajadora no se deriven consecuencias perjudiciales en la relación laboral. Este principio da cobertura no sólo a las reclamaciones entabladas jurisdiccionalmente, sino también a las de orden administrativo, e incluso a las que se intiman ante el empresario.

Este principio de indemnidad tiene como necesario corolario una proyección procesal al permitir el desplazamiento de la carga de la prueba cuando la alegación de lesión de derechos fundamentales sea verosímil y se apoye en indicios tangibles y acreditados que permitan apreciar, al menos *prima facie*, una conexión entre la actuación empresarial y la antecedente reclamación de derechos.

La cuantificación de la indemnización económica por daño moral puede realizarse empleando para ello, entre otros posibles instrumentos, la LISOS, aplicando prudencialmente la horquilla que estable su baremo de infracciones muy graves.

VII. Parte dispositiva

Se estiman parcialmente el recurso de suplicación impetrado frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social que declaró el despido improcedente, declarándolo nulo, con las consecuencias legales asociadas a dicha declaración. Además, queda constatado la lesión de un daño moral que se indemniza con 7.501€.

VIII. Pasajes decisivos

"El contenido de dicha garantía supone la prohibición de que del ejercicio de la acción judicial se deriven para el trabajador consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas. Debe señalarse, que según la STS de 15 de noviembre de 2022 (RCUD 2645/2021), no es necesario incluso el ejercicio de la acción, para apreciar la vulneración de la garantía de la indemnidad, pues en dicha Sentencia se señala: "4.-Como regla general, las reclamaciones internas en el seno de la empresa no activan la garantía de indemnidad. Pero si un trabajador efectúa una reclamación interna e inmediatamente después es despedido, sin que la empresa acredite la existencia de incumplimientos que justifiquen la extinción contractual, debemos concluir que la imposibilidad de formular la reclamación judicial con anterioridad al despido es imputable únicamente al empresario, por lo que, en ese concreto contexto temporal, opera como un indicio de la vulneración de la garantía de indemnidad que obliga al empleador a acreditar que el despido ha sido ajeno a la violación del derecho fundamental recogido en el art. 24 de la Constitución. Al no haberlo hecho, debemos concluir que el despido enjuiciado vulneró la garantía de indemnidad del demandante, por lo que debe declararse nulo".

"La tesis contraria incentivaría que, ante cualquier reclamación interna en el seno de la empresa, el empleador procediera a despedir inmediatamente al trabajador, antes de que éste pudiera ejercitar la reclamación judicial, con la finalidad de evitar la declaración de nulidad del despido".

"En el ámbito concreto de la relación de trabajo, la citada garantía se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de los Jueces y Tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos [como acabamos de exponer, incluso se puede apreciar la vulneración de la garantía de la indemnidad, aunque todavía no se haya acudido a la reclamación judicial]".

"...represaliar a un trabajador con el despido por haber intentado el ejercicio de la acción judicial, representa una conducta vulneradora de la tutela judicial efectiva frente a cualquier medida extintiva que represalia el previo ejercicio del derecho constitucionalmente consagrado en el art. 24 de la Constitución Española, y que alcanza a todos los actos previos a la vía judicial, y que habrá de ser sancionada por los Tribunales con la nulidad radical del despido".

"...Intento de ejercicio de la acción judicial que no solo puede verse ceñido a la presentación de la demanda ante los Tribunales, sino que ha de extenderse a la realización, por parte del trabajador, de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial tal como ha reconocido la STC 16/2006. E incluso -como ya dijimos-, en el caso de una reclamación interna del trabajador cuando inmediatamente después es despedido, tal como ha sucedido en el caso enjuiciado".

"Desde el punto de vista procesal... hemos de tener en consideración las normas de la carga de la prueba, siendo también reiterada la doctrina del TC que establece que cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del onus probandi no basta que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato, algo que permita una mínima conexión entre la acción del trabajador y reacción del empresario que haga presumir que la segunda es consecuencia de la primera, y presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado, la prueba diabólica de un hecho negativo sino la razonabilidad y

proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales...”

“...el mecanismo de la prueba indiciaria se articula en un doble plano: El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia, y una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. Esta es la doctrina que en mayor medida aplica el TC y los tribunales ordinarios...”

“Según reiterada postura de jurisprudencial.../...la declaración de nulidad de la conducta vulneradora, no puede considerarse suficiente para lograr una reparación real y efectiva del derecho fundamental vulnerado, que queda por ello desprotegido (STC 247/2006, de 24/Julio), por lo que la infracción de un derecho fundamental conlleva el derecho a su resarcimiento vía indemnización. Efectivamente el art. 183.2 de la LRJS.../...establece que el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. Precepto que según la jurisprudencia actual obliga a esa fijación de indemnización por daño moral atribuyendo a dicha indemnización no solo una función resarcitoria sino también la de prevención general de forma tal que, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS- del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente.../...la propia lesión del derecho fundamental derecho (garantía de indemnidad) comporta daño indemnizable, sin necesidad de que se acredite concreto indicio o base del daño, aparte de que el artículo 183.2 LJS atribuye a la indemnización no sólo una función resarcitoria (la utópica restitutio in integrum), sino también la de prevención general”.

“...es válido que se utilice como criterio orientador el de las sanciones previstas en la LISOS...”

IX. Comentario

El arco de bóveda sobre el que se sustenta el principio de indemnidad es el desplazamiento de la carga de la prueba, con una fisonomía e idiosincrasia más flexible para los derechos laborales que para otros derechos personales: penales, tributarios, etc. Básicamente porque la alegación de que el empresario ha procedido como represalia por el ejercicio por parte de la persona trabajadora de sus derechos no suele poder acreditarse mediante los tradicionales mecanismos de prueba: documental, pericial, testifical, etc. Por eso, precisamente, para que opere el desplazamiento de la prueba, es requisito imprescindible que el relato de hechos que aporta la persona trabajadora sea consistente, creíble, lógico y racional. Es decir, que de su mera exposición ordenada pueda deducirse, sin dificultad ni elucubraciones artificiosas, una explicación racional del concatenamiento de los hechos que van desde el ejercicio de los derechos en vía interna hasta la respuesta empresarial peyorativa.

El punto central de toda esta argumentación, por tanto, es la capacidad que tienen los indicios aportados por la persona trabajadora de explicar lógicamente la conclusión que deduce.

La conexión temporal entre la respuesta empresarial y la reclamación de derechos es, probablemente, el indicio más relevante, pues es el que permite entender la respuesta empresarial en un contexto de animadversión (laboral, profesional, no personal) hacia el trabajador. En el caso aquí comentado no hay la más mínima duda,

pues se declara probado que el 9 y el 10 de enero de 2023 el trabajador solicitó por medio de WhatsApp al supervisor el disfrute de una semana de vacaciones en el mes de febrero de 2023, y el día 17 del mismo mes la empresa le comunica el despido disciplinario. La respuesta puede considerarse concatenada en el tiempo con la reclamación de derecho.

Es evidente que ello no es suficiente para dar credibilidad a la argumentación, por eso se revela como imprescindible el análisis de la medida empresarial adoptada, tanto desde del punto de vista de legitimidad, como de sus requisitos formales.

Por eso el análisis de la legitimidad de la medida empresarial adoptada, es decir, la veracidad del relato de hechos que justifican la adopción empresarial de la medida laboral (traslado, sanción, despido, etc.) es tan trascendente. No se trata de negar la competencia empresarial para la adopción de la medida, se trata de poner en cuestión su legitimidad, en este caso negando la veracidad del relato justificativo de dicha medida. Por eso la falta de consistencia en la concreción en la carta de despido de los hechos justificativos del despido son especialmente relevantes. En este caso es palmaria la falta de suficiencia, pues la carta se dedica a enunciar únicamente la causa extintiva -"disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal de su trabajo"- pero sin expresar cómo se han producido los hechos, como se han concretado esas pérdidas de rendimiento, en qué contexto, con qué parámetros se mide el estándar óptimo de producción, etc.

Además, el reconocimiento de la improcedencia del despido puede entenderse como una asunción de su falta de idoneidad, deduciéndose de su proceder una "*falta de causa o motivo de despido*", por lo que sería "*un despido sin causa, irreal y sin justificación alguna*".

X. Apunte final

La resolución que se comenta es de las que pueden considerarse "ejemplares". Aunque no innova en una línea jurisprudencial, ni puede considerarse 'docta'. Sencillamente, expone con solvencia y con claridad meridiana qué es el principio de indemnidad, cómo funciona, qué requisitos deben exigirse a la inversión de la carga de la prueba y cómo se cuantifica la indemnización por lesión del daño moral. Y lo hace de una manera limpia, con aporte de jurisprudencia de calidad -sin abrumar al lector en citas innecesarias- e incrustando el supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento en el discurso técnico jurídico con total suficiencia. Una resolución ejemplar de suplicación, por su franqueza expositiva, por lo bien redactada que está, por lo fácil que resulta su lectura, y por lo útil que resulta releer sus fundamentos técnicos.

El asunto está perfectamente resuelto, aunque quizá donde menos solvente se encuentra es en la cuantificación de la indemnización por daño moral^[1]. No así en la apreciación de la lesión del daño moral y en la deducción de las consecuencias que se aparejan a la apreciación de lesión de derechos fundamentales, que está trabado con total pulcritud. El asunto, bien es cierto, tampoco permite muchas florituras, pues ni es una lesión que afecte a varias personas trabajadoras, ni es una lesión que lesione el mismo tiempo varios Derechos Fundamentales.

El sistema de cuantificación mediante la LISOS tiene una ventaja innegable: puede erigirse en un mecanismo que se asuma por la generalidad de los operadores jurídicos con naturalidad y facilidad. Es sencillo de entender, fácil de aplicar, y, sobre todo, realizable, posible, desde un punto de vista operativo y funcional. A falta de mejores instrumentos, es una norma conocida, utilizada a menudo e intuitiva en sus dictados.

Ahora bien, tiene dos defectos muy señalados. En primer lugar, no es una norma expresamente dictada para este objetivo. Es más, está dictada para un objetivo refractario al que ahora se deduce, pues se ideó como mecanismo para sancionar la transgresión de derechos laborales (no fundamental o constitucionales) y ahora se reclama para tutelar la efectividad de los más importantes derechos humanos del

trabajo, situando a ambos derechos -laborales y constitucionales del trabajo- en un mismo plano de ortodoxia tuitiva poco edificante.

Pero tiene un defecto más acusado, en segundo lugar, que es que resulta muy poco elástica para imponer cuantías importantes, económicamente hablando, ante lesiones de gran trascendencia. Frente a lesiones 'menudas' o 'pequeñas' tiene la facilidad de extender la sanción a cualquier lesión de Derechos Fundamentales, implementando una tutela amplia o extensa (en horizontal), pero cuando la transgresión de Derechos Fundamentales es especialmente grosera o afecta a muchas personas trabajadoras al mismo tiempo por la misma empresa, o cuando la ofensa es singularmente lesiva (no es el caso aquí analizado), no sabemos cómo operar con el baremo (en vertical). No sabemos si en este caso lo oportuno sería implementar una indemnización superior en el grado de la multa, si multiplicar la cantidad mínima según el número de lesiones de Derechos Fundamentales se hayan producido, etc.

A falta de normas o criterios estables (jurisdiccionales, si se quiere) bien está que empleemos la LISOS, pero en un tiempo en el que la indemnización por despido falsario (llamémosle así, por no encontrar mejor nomenclatura para el improcedente sin causa) parece reclamar una cobertura económica adicional que tenga en consideración una concreta y pulida cuantificación relacionada con el daño efectivamente causado, quizá fuese oportuno que también normativamente se abordase cómo proceder a la indemnización por daño moral por la transgresión de Derechos Fundamentales.

Referencias:

1. ^ He abordado esta cuestión monográficamente en *La cuantificación de la indemnización por daño moral por transgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (Colección: Derecho del Trabajo y Seguridad Social, núm. 15), Madrid, 2023.

§ 71 La posible brecha salarial en la aviación a los ojos del TJUE: el diferente valor del trabajo de pilotos y azafatas.

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social (TSJ de Madrid).

Resumen: *Considera el Tribunal de Luxemburgo que la diferente manera en que unos mismos interlocutores sociales han negociado para dos colectivos diferenciados dentro de una misma empresa (el de pilotos y el de tripulantes de cabina) un mismo concepto retributivo (las dietas por desplazamientos) no es contraria al contenido del artículo 2.1.e) de la Directiva 2006/54 del Parlamento y el Consejo, de 5 de julio relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; por cuanto el trabajo desempeñado por ambos colectivos no puede ser calificado como trabajo de “igual valor” en los términos exigidos por la norma europea, dadas las diferentes condiciones del trabajo desplegado por unos y otros.*

Palabras clave: *Cuestión prejudicial. Igualdad retributiva por razón de género. Pilotos. Tripulantes de Cabina.*

Abstract: *The Court of Luxembourg considers that the different way in which the same social partners have negotiated for two different groups (pilots and cabin crew) the same remuneration concept (travel allowances) is not contrary to the content of article 2.1.e) of Directive 2006/54 of the Parliament and the Council of 5 July on the application of the principle of equal opportunities and equal treatment between men and women in matters of employment and occupation since the work performed by both groups cannot be qualified as work of “equal value” in the terms required by the European standard.*

Keywords: *Preliminary ruling. Implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation. Pilots. cabin crew.*

I. Introducción

La sentencia que comentamos analiza la cuestión prejudicial elevada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional al TJUE^[1] cuando al resolver el conflicto colectivo planteado por el sindicato de tripulantes de cabina de vuelo de la compañía Air Nostrum Líneas Aéreas de Mediterráneo SA se cuestionan si el modo en que se había negociado la retribución de los gastos por alojamiento y transporte (dietas en adelante) lesionaba los artículos 2 y 4 de la Directiva 2006/54 del Parlamento y el Consejo, de 5 de julio relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; pues por el mismo concepto poco después y los mismo interlocutores habían negociado para el colectivo de pilotos una retribución muy superior.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

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

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 4 de octubre de 2024.

Tipo y número recurso o procedimiento: Cuestión prejudicial. Asunto C-314/23.

ECLI: EU:C: 2024:842

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmá. Sra. Doña Lucía Serena Rossi.

Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional remite al Tribunal de Luxemburgo cuestión prejudicial dentro del procedimiento colectivo sometido a su juicio, cuyo objeto consiste en determinar si la disposición convencional del colectivo de tripulantes de cabina de la compañía Air Nostrum (destinada a abonar los gastos de manutención por desplazamientos, “dietas”) resulta discriminatoria por razón de sexo, y en consecuencia contraria al derecho de la Unión Europea, siendo la causa de dicho trato desigual el hecho de que en la empresa se apliquen dos convenios colectivos distintos, negociados por las mismas organizaciones sindicales, prevé una cuantía sustancialmente superior por el mismo concepto en relación con el colectivo de tripulantes de cabina, sector notoriamente feminizado.

IV. Posición de las partes

Por Auto de 17 de marzo de 2023 la Sala nacional elevó a Luxemburgo la siguiente cuestión prejudicial: ¿El hecho de la empresa AIR NOSTRUM indemnice, a un colectivo como son los Tripulantes de Cabina de Pasajeros donde la mayor parte de las personas que lo integran son mujeres, los gastos que tienen que subvenir en los desplazamientos, diferentes de aquellos relacionados con el transporte y el alojamiento, con una cantidad inferior a la que percibe por el mismo concepto otro colectivo de empleados en el que la mayor parte son hombres como son los pilotos, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo en las condiciones de trabajo que resulta contraria al Derecho de la Unión Europea prohibida por el art. 14.1 c) de la Directiva 2006/54, cuando la razón de dicho trato diferenciado se encuentra en que a cada colectivo se le aplica un Convenio colectivo diferente ambos negociados por la misma empresa pero con representaciones sindicales diferentes al amparo de lo previsto en el art. 87 del Estatuto de los Trabajadores?.

V. Normativa aplicable al caso

Interpreta la Sentencia comentada la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; más concretamente los siguientes artículos:

- Artículo 2, titulado “Definiciones”, que proporciona las nociones de lo que se ha de entender, entre otras cosas, por “discriminación indirecta”, como “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.

También se refiere al concepto de “retribución” como “el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones abonadas directa o indirectamente,

en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo”.

- El artículo 4, bajo la rúbrica “Prohibición de la discriminación”, presenta el siguiente contenido: “Para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución”.
- El artículo 14 de la norma, bajo el título “Prohibición de discriminación”, preceptúa lo siguiente en su apartado 1: “No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución de conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Tratado”.

VI. Parte dispositiva

Concluye el Tribunal que los artículos 2, apartado 1, letra e) y 4 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, las dietas que indemnizan a tanto alzado determinados gastos que los trabajadores afrontan en razón de sus desplazamientos profesionales constituyen un elemento de su retribución y, por otra parte, una diferencia en la cuantía de tales dietas, en función de si se abonan a un grupo de trabajadores mayoritariamente compuesto por hombres o a un grupo de trabajadores mayoritariamente integrado por mujeres, no está prohibida por dicha Directiva cuando estos dos grupos de trabajadores no realizan el mismo trabajo o un trabajo al que se atribuye un mismo valor.

VII. Pasajes decisivos

Centra el Tribunal sus razonamientos jurídicos más relevantes en los considerandos 40 a 42; si bien cabe destacar otros puntos de sus razonamientos como son el 24 (que recuerda como al TJUE le cabe reformular las cuestiones que se le plantean); o el 28 a 30 donde trata el concepto de retribución a efectos de la Directiva.

VIII. Comentario

Al dar respuesta a la pregunta elevada por órgano nacional, el Tribunal de Justicia trata diversas cuestiones que nos parece interesante analizar, aunque sea brevemente.

Nos referimos más concretamente al considerando 24 en donde la Sala recuerda que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 267 del TFUE, “incumbe al Tribunal reformular las cuestiones que se le planteen. El hecho de que un órgano jurisdiccional nacional haya formulado una cuestión prejudicial refiriéndose a determinadas disposiciones del Derecho de la Unión no impide que el Tribunal de Justicia proporcione a ese órgano jurisdiccional todos los elementos de interpretación que puedan serle útiles para resolver el asunto del que conoce, aun cuando no haya hecho referencia a ellos al formular sus cuestiones. A este respecto, corresponde al Tribunal de Justicia deducir del conjunto de elementos aportados por el órgano jurisdiccional nacional, y especialmente de la motivación de la resolución de remisión, los elementos del Derecho de la Unión que requieren una interpretación, teniendo en cuenta el objeto del litigio^[2]”.

Como se comprueba se reserva el TJUE la facultad de “reformular” las cuestiones elevadas por los jueces nacionales y así poder seleccionar las disposiciones del acervo europeo que considere más apropiado más útil para resolver el asunto que se

somete a su conocimiento. Sería una suerte de principio *iura novit curia* de dimensión europea que, bajo el prisma de propiciar una respuesta útil, legitimaría a Luxemburgo a adecuar, o ajustar los términos de la cuestión sometida a su conocimiento a los contornos más adecuados de la normativa europea que resultase de aplicación.

Precisado lo anterior, y centrándonos en el núcleo de la cuestión que nos ocupa son dos los puntos más relevantes que a nuestro juicio trata la sentencia. El primero de ellos sería el relativo a que ha de entenderse por “retribución” a los efectos de determinar si existe un trato peyorativo del colectivo feminizado de los tripulantes de cabina en relación con el masculinizado de los pilotos. Y razona la Sala que tal concepto lo proporciona el artículo 2.1.e) de la Directiva 2006/54 CE que proclama que por tal habrá de considerarse “el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones abonadas directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo”. Pero añade que no es necesario que la partida en cuestión retribuya un trabajo específico, en tanto en cuanto solamente se requiere que la misma se abone «en razón de la relación de trabajo»^[3], debiendo por consiguiente ser interpretada en sentido amplio.^[4]

En segundo lugar, analiza el Tribunal la cuestión de fondo sometida a su conocimiento, esto es: ¿se puede considerar que una disposición convencional como la que nos ocupa es contraria a la prohibición de discriminación en materia retributiva a que se refiere la Directiva? Y la respuesta pasa por examinar el artículo 4 de la norma europea en cuya virtud “Para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución”. La cuestión es qué ha de tenerse por trabajos de “igual valor” pues la expresión mismo trabajo no alberga duda interpretativa alguna.

A esta expresión imprecisa trata el TJUE de dotarla de un contenido concreto acudiendo su doctrina precedente (como veremos más adelante), indicando que para determinar si nos encontramos, o no, en presencia de trabajos de igual valor “debe tenerse en cuenta un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales”; concluyendo en el caso que nos ocupa que no puede afirmarse que el trabajo de pilotos y azafatas sean de ese mismo valor dada “la mayor formación necesaria para ejercer la profesión de piloto y de la responsabilidad que conlleva”.

IX. Apunte final

Una adecuada comprensión del principio de igualdad retributiva entre hombre y mujeres impone un breve análisis del marco normativo que disciplina la materia, y el modo en que la doctrina europea ha venido perfilando los contornos del derecho que nos ocupa.

Así cabe reseñar que el art. 28 del ET establece el principio de no discriminación retributiva entre hombres y mujeres, aplicándolo a todos los conceptos percibidos, y refiriéndolo tanto a trabajo igual como a trabajo de igual valor.

En el art. 23.2 ET se configura la obligación de que los sistemas de clasificación profesional establecidos en los convenios colectivos estén exentos de discriminación por razón de sexo. Esta referencia resulta de particular interés porque el espacio en el que se producen fundamentalmente las incorrectas valoraciones de puestos de trabajo es el de la clasificación profesional en los convenios colectivos, lo que explica que esta referencia apareciera en la Directiva 75/117 y fuera fielmente reproducida por el legislador español en el art. 23 ET.

Los trabajadores tienen derecho, a tenor del art. 4.2. c) del ET: “A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación

sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.

Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate".

El principio de no discriminación en las relaciones laborales viene plasmado en el art. 17.1 del ET.

También los artículos 14 y 35 de la Constitución inciden en esta cuestión sobre la igualdad retributiva sin que pueda existir discriminación de sexo, pues según el primero de los preceptos citados: " Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Mientras que, según el segundo, en su apartado 1: " Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo".

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, incide también especialmente en la cuestión aquí debatida, mereciendo ser destacados los siguientes preceptos:

Art. 4: "La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas".

Art. 5. "Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo".

El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas".

Art. 6.1 "Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable."

El artículo 4.2 del RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, dispone que "Conforme al artículo 28.1 del Estatuto de los Trabajadores , un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes: a) Se entiende por naturaleza de las funciones o tareas el contenido esencial de la relación laboral, tanto en atención a lo establecido en la ley o en el convenio colectivo como en atención al contenido efectivo de la actividad desempeñada. b) Se entiende por condiciones educativas las que se correspondan con cualificaciones regladas y guarden relación con el desarrollo de la actividad. c) Se entiende por condiciones profesionales y de formación aquellas que puedan servir para acreditar la cualificación de la persona trabajadora, incluyendo la experiencia o la formación no reglada, siempre que tenga conexión con el desarrollo de la actividad. d) Se entiende por condiciones laborales y por factores estrictamente relacionados con el desempeño aquellos diferentes de los anteriores que sean relevantes en el desempeño de la actividad".

El artículo 4.3 señala que "A tales efectos, podrán ser relevantes, entre otros factores y condiciones, con carácter no exhaustivo, la penosidad y dificultad, las posturas forzadas, los movimientos repetitivos, la destreza, la minuciosidad, el aislamiento, la responsabilidad tanto económica como relacionada con el bienestar de las personas, la polivalencia o definición extensa de obligaciones, las habilidades sociales, las habilidades de cuidado y atención a las personas, la capacidad de resolución de conflictos o la capacidad de organización, en la medida en que satisfagan las exigencias de adecuación, totalidad y objetividad a que se refiere el apartado siguiente en relación con el puesto de trabajo que valoran".

Finalmente, el artículo 4.4 señala que "Una correcta valoración de los puestos de trabajo requiere que se apliquen los criterios de adecuación, totalidad y objetividad. La adecuación implica que los factores relevantes en la valoración deben ser aquellos relacionados con la actividad y que efectivamente concurren en la misma, incluyendo la formación necesaria. La totalidad implica que, para constatar si concurre igual valor, deben tenerse en cuenta todas las condiciones que singularizan el puesto del trabajo, sin que ninguna se invisibilice o se infravalore. La objetividad implica que deben existir mecanismos claros que identifiquen los factores que se han tenido en cuenta en la fijación de una determinada retribución y que no dependan de factores o valoraciones sociales que reflejen estereotipos de género".

Con dimensión comunitaria e internacional procede también citar la Directiva 75/117/CEE que desarrolló el concepto de igualdad de retribución, y más tarde con la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

Estas directivas han permitido que la igualdad de género se considere un verdadero derecho fundamental europeo. Consecuencia de esa nueva regulación del Tratado de Ámsterdam es la modificación de la Directiva 76/207/CEE por el Parlamento Europeo y el Consejo de Europa mediante la Directiva 2002/73/CEE que desarrolla las previsiones del apartado tercero del art. 14.1 TCE.

Destacar también la Directiva 2000/78/CE del Consejo, 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; cuya finalidad es garantizar la igual de trato en los siguientes ámbitos:

- a) Condiciones de acceso al empleo o a la actividad por cuenta propia, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción;
- b) La formación profesional;
- c) Condiciones de empleo y trabajo (incluidas las de despido y remuneración);
- d) La afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta.

En el mismo sentido destacar la Directiva 2006/54 del Parlamento y el Consejo de 5 de julio relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación que interpreta ahora el Tribunal de Luxemburgo, encargada de reunir en un único texto las principales disposiciones existentes en este ámbito (así la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social que fueron modificadas de forma sustancial. La Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, y la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15

de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo), así como ciertas novedades que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En último término referimos a la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento, cuyo considerando 17 dispone que “Debe reforzarse la aplicación del principio de igualdad de retribución, eliminando la discriminación retributiva directa e indirecta. Lo anterior no excluye que los empleadores paguen de forma diferente a trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor sobre la base de criterios objetivos, neutros con respecto al género y libres de sesgos, como el rendimiento y la competencia”.

Tras la aprobación de la directiva 75/117/CEE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea comenzó a pronunciarse a partir de la sentencia de 15 de junio de 1978 (Rec. 149/77), de 31 de marzo de 1981 (Rec. 96/1980) o de 11 de marzo de 1981 (Rec. 69/1980) sobre la materia que nos ocupa.

Así, afirma el Tribunal de Luxemburgo que como presupuesto básico para determinar si existe o no una discriminación debe partirse de que ambos colectivos partan de situaciones comparables. Así, de esa jurisprudencia inicial del TJUE se deduce que para apreciar si unos trabajadores realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor, debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable.

De esa primera doctrina del Tribunal de Justicia también se desprende que, al tener carácter imperativo, la prohibición de discriminaciones entre trabajadores y trabajadoras del actual artículo 141 (entonces todavía, art. 119 del Tratado) se impone no sólo a la actuación de las autoridades públicas, sino que, como resulta, por lo demás, de la redacción del art. 4 de la Directiva 75/117/CEE, también afecta a la totalidad de los convenios que regulen, con carácter colectivo, el trabajo por cuenta ajena, así como los contratos celebrados entre particulares. (Por ejemplo, STJUE de 4 de abril de 1976, caso Defrenne II (Rec. 43/75) luego reiterada en STJUE de 26 de junio de 2001, Cuestión prejudicial C-381/1999, entre otras.

Pero también precisa la jurisprudencia que la circunstancia de que por un trabajador se perciba algún complemento salarial añadido o de distinto importe que su compañero femenino, no es suficiente por sí sola para concluir que existe una discriminación contraria al Derecho comunitario. En efecto, por una parte, teniendo en cuenta que el principio de igualdad de retribución en el sentido de los arts. 141 del Tratado y 1 de la Directiva, a la sazón aplicada, lleva implícito que los trabajadores y trabajadoras a los que se aplica deben encontrarse en situaciones idénticas o comparables (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de Noviembre de 1993, Roberts, C-132/92), es preciso comprobar además si los trabajadores implicados realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor y que las diferencias de trato prohibidas se basan exclusivamente en la diferencia de sexo de los trabajadores (sentencia de 31 de Marzo de 1981, Jenkins, 96/80). No bastando pues que tengan la misma categoría profesional pues pueden existir otras razones en función de la actividad concreta realizada que pueden incidir en el aspecto salarial (STJUE de 26 de junio de 2001, Cuestión prejudicial C-381/1999).

Insistimos en que el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que, para apreciar si unos trabajadores un trabajo que pueda ser calificado de “igual valor”, debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable

(véanse las sentencias de 31 Mayo 1995, Royal Copenhagen, C-400/93, y de 11 de mayo de 1999, Angestelltenbetriebstrat der Wiener Gebietskrankenkasse, C-309/97)^[5].

En definitiva, la sentencia que analizamos cierra el examen de una materia que no por haber sido visitada en multitud de ocasiones deja de presentar complejas aristas, y una problemática que los operadores jurídicos deberán de enfrentar al cobijo del cuerpo doctrinal y normativo que nos asiste.

Referencias:

1. [^] Mediante auto de 17 de marzo de 2023.
2. [^] En el mismo sentido sentencia de 21 de septiembre de 2023, Juan, C-164/22, EU:C:2023:684, apartado 24 y jurisprudencia citada.
3. [^] En el mismo sentido septiembre de 2018, Bedi, C-312/17, EU:C:2018:734, apartado 34.
4. [^] Incidir en que la propia Sala matiza que el asunto examinado, apartándose de la posición de la Comisión, no guarda similitud con otros examinados previamente; como el abordado en la sentencia de 15 de septiembre de 2011, Williams y otros (C-155/10, EU:C:2011:588), según la cual los elementos de la retribución global del trabajador que tienen por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo no deben ser tenidos en cuenta para calcular el pago que se ha de abonar durante las vacaciones anuales. En aquella sentencia, que no se refería a la Directiva 2006/54, sino a la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO 2003, L 299, p. 9), el Tribunal de Justicia se limitó a declarar que la retribución puede estar compuesta por varios elementos, de los cuales algunos no deben tenerse en cuenta para calcular las cantidades que corresponde abonar al trabajador en concepto de vacaciones anuales. En cambio, el Tribunal de Justicia en modo alguno consideró que tales elementos no forman parte de la retribución del trabajador. También, indica la Sala, "carece de pertinencia para el presente asunto la circunstancia, subrayada por la Comisión, de que el Tribunal de Justicia haya declarado, en la sentencia de 8 de julio de 2021, Rapidsped (C-428/19, EU:C:2021:548), apartado 54, que el artículo 3, apartado 7, párrafo segundo, de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DO 1997, L 18, p. 1), debe interpretarse en el sentido de que una dieta cuyo importe difiere en función de la duración del desplazamiento del trabajador constituye un complemento correspondiente al desplazamiento que forma parte del salario mínimo, a menos que se abone como reembolso de los gastos efectivamente realizados originados por el desplazamiento, tales como gastos de viaje, alojamiento o manutención. En efecto, aparte de que la mencionada sentencia tampoco se refería a la Directiva 2006/54, la circunstancia de que un complemento abonado como reembolso de los gastos en que efectivamente se haya incurrido en razón del desplazamiento no forme parte del salario mínimo en modo alguno excluye que unas dietas a tanto alzado, como las controvertidas en el litigio

principal, constituyan un elemento de la retribución a los efectos del artículo 2, apartado 1, letra e), de la Directiva 2006/54, la cual, como resulta del apartado 29 de la presente sentencia, no se limita exclusivamente al salario”.

5. ^ Citar también la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021 dictada en el asunto C-624/219 en el que el Tribunal interpreta el artículo 157 del TFUE indicando que con arreglo al artículo 157 TFUE, cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, imponiendo, de manera clara y precisa, una obligación de resultado, con carácter imperativo tanto en lo que respecta a un «mismo trabajo» como a un «trabajo de igual valor» (apartado 20), y que la prohibición de discriminación entre trabajadores y trabajadoras se impone no solamente respecto a las leyes, sino también a los convenios colectivos y a los propios contratos de trabajo. Recuerda, asimismo, que el alcance de los conceptos de «mismo trabajo», de «mismo puesto de trabajo» y de «trabajo de igual valor», a los que se refiere el artículo 157 TFUE, debe ser objeto de una apreciación fáctica del juez. Único competente para constatar y apreciar los hechos, determinar si, teniendo en cuenta la naturaleza concreta de las actividades realizadas por los interesados, puede atribuirse el mismo valor a dichas actividades (apartados 28-30). Finalmente, razona que una situación en la que las condiciones de retribución de trabajadores de distinto sexo que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor pueden atribuirse a una única fuente (el mismo empresario) está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 157 TFUE y que el trabajo y la retribución de esos trabajadores pueden compararse con arreglo a dicho artículo, aun cuando estos realicen su trabajo en establecimientos distintos, pudiendo ser invocado ante los órganos jurisdiccionales nacionales (apartados 34-37). Es en los casos de discriminación indirecta en donde una medida aparentemente neutra afecte principalmente a mujeres, sólo podría efectuarse una valoración distinta cuando la diferencia de trato entre ambas categorías de trabajadores se justificara por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo (en este sentido, las sentencias de 13 de Julio de 1989, Rinner-Kühn, 171/88; de 6 de Febrero 1996, Lewark, C-457/93; Hill; de 6 de Abril de 2000, Jørgensen, C-226/98, o la de 11 de septiembre de 2003 C-77/2002). Más adelante, tras la reforma operada por de la Directiva 2002/73/CE, se configuró un concepto legal de discriminación indirecta al establecer en el artículo 2.2 de la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. De acuerdo con dicho precepto se considera discriminación indirecta a “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”. En este sentido, además de aportarse la justificación de razones objetivas que expliquen la diferencia salarial, es preciso que la misma se base en una finalidad legítima. Es decir, que los medios elegidos para alcanzar dicha finalidad deberán ser idóneos y necesarios para conseguir dicho efecto (véase, en este sentido la sentencia de 13 de mayo de 1986, Bilka, Rec 170/84 y de 3 de octubre de 2006, B.F. Cadman, C-17/2005). La adopción

de normas sobre la carga de la prueba tiene gran importancia para garantizar el respeto efectivo del principio de igualdad de trato. A este respecto, procede señalar que, en principio, incumbe a la persona que alega determinados hechos en apoyo de una demanda aportar la prueba de su realidad. En consecuencia, inicialmente la carga de la prueba de la existencia de una discriminación de retribución por razón de sexo recae sobre el trabajador que, considerándose víctima de tal discriminación, ejercita una acción judicial contra su empleador para que se ponga fin a la misma (véase la sentencia de 27 de Octubre de 1993, Enderby, C-127/92 o la ya citada STJUE de 26 de junio de 2001, C-381/1999). Sin embargo, a partir de la acreditación de los indicios de discriminación, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la carga de la prueba puede invertirse cuando ello resulte necesario para no privar a los trabajadores víctimas de una discriminación aparente de medios eficaces para hacer respetar el principio de igualdad de retribución. En ese sentido la sentencia Enderby, antes citada, y las sentencias de 27 de junio de 1990, Kowalska, C-33/89 y de 23 de octubre de 2003, Schönheit y Becker, C-4/02 y C-5/02. Sin embargo, no debe olvidarse que la apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta sigue correspondiendo al órgano nacional competente, con arreglo al Derecho nacional o a las prácticas nacionales. A este respecto, debe comprobarse, a la vista de todos los elementos pertinentes y teniendo en cuenta la posibilidad de alcanzar por otros medios los objetivos perseguidos por las disposiciones examinadas, si éstos son ajenos a toda discriminación por razón de sexo y si dichas disposiciones, como medios destinados a lograr determinados objetivos, pueden contribuir a su consecución (véanse, en este sentido, la sentencia de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez, C-167/97). También referirnos a la Sentencia Macchall de 11 de noviembre de 1997 en donde el TJUE afirma que la legislación comunitaria no se opone a una legislación como la nacional que obliga a promover prioritariamente a las candidaturas femeninas en sectores de actividad en los que las mujeres fueren menos numerosas que los hombres, siempre que la ventaja no fuese automática y se encargada a los candidatos masculinos un examen de su candidatura sin ser recludos. También la STJUE de 1 de marzo de 2011 Test-Achats, en donde el Tribunal concluye que debe aplicarse el mismo sistema de cálculo y actualizaciones para calcular las primas y prestaciones de seguro.

§ 72 Protección constitucional de la discriminación por identidad de género: prueba indiciaria y carga probatoria.

Pilar Rivas Vallejo

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

Resumen: *La tutela frente a la discriminación por identidad de género se integra en el art. 14 CE como "otra circunstancia personal o social", por ser esta "numerus apertus", pero, admitidos los indicios para la inversión de la carga probatoria, se aprecia una desvinculación total entre la decisión administrativa y la causa alegada, por su carácter general y reglado.*

Palabras clave: *Discriminación. Identidad de género. Despido. Carga de la prueba.*

Abstract: *Protection against discrimination based on gender identity is covered by art. 14 CE as "another personal or social circumstance", because this is numerus apertus, but, once the evidence for reversing the burden of proof is admitted, there's a disconnection between the administrative decision and the alleged cause, because of its general and legal nature.*

Keywords: *Discrimination. Gender identity. Dismissal. Burden of proof.*

I. Introducción

El Tribunal Constitucional resuelve si la identidad de género está cubierta por el art. 14 de la Constitución y analiza la distribución de la carga de la prueba en una decisión adoptada por una administración autonómica, basada en un procedimiento reglado de cobertura de vacantes cubiertas por personal interino.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional (Sala Segunda).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 81/2024, de 3 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de amparo núm. 3819-2020.

ECLI: ES:TC:2024:81.

Fuente: BOE núm. 164, de 8 de julio de 2024, págs. 85398 a 85411.

Ponente: Excmo. sr. D. César Tolosa Tribiño.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La demandante obtuvo sentencia parcialmente estimatoria (declarando la improcedencia del despido, pero no la nulidad) del Juzgado de lo Social núm. 4 de Córdoba el 31/7/2018 en procedimiento de despido núm. 867/2018, que, recurrida en suplicación (núm. rec. 241/2019) por la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía, fue revocada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en sentencia de 24/6/2020, declarando la procedencia del despido. Dicha sentencia es recurrida en amparo por la actora, por considerar vulnerado el derecho a la igualdad en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad (arts. 14 y 24.1 CE), pues vincula dicha calificación a dos elementos: a) su transición de género (iniciada en paralelo a otra solicitud de ajuste razonable en diciembre de 2015), solicitada su aplicación a la directora del museo donde la actora prestaba servicios a comienzos de 2016 y resuelta favorablemente el 26/2/2016, si bien tuvo incidencia negativa en las funciones realizadas (restricción a una sola de las anteriormente realizadas, evitando las de guía del museo); b) su reclamación acerca de la duración de su contrato de trabajo, en tanto fue convocado por la administración pública competente concurso de traslados del que resultó la adjudicación del puesto interinamente ocupado por la actora a otra trabajadora, con la consecuente extinción de su contrato con efectos de 30/6/2017, frente a la cual solicitó la declaración de su condición de personal por tiempo indefinido, petición desestimada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Córdoba por sentencia de 28/7/2017. La actora considera que la extinción de su contrato trae causa de móvil discriminatorio, basado en su identidad sexual, y contrario a su derecho a la garantía de indemnidad, como consecuencia de su previa reclamación. La sentencia de 31/7/2018 del Juzgado de lo Social descarta la nulidad y declara la improcedencia, al considerar que: a) el cese no guarda vinculación alguna con ambos extremos, sino con un procedimiento administrativo, el concurso de traslados de la Administración General de la Junta de Andalucía, en el que no incidió la dirección del museo, sin que tampoco sendas reivindicaciones previas (sillón ergonómico y trato ajustado a su nueva identidad de género) fueran desoídas, sino plenamente satisfechas; y b) la diferencia de trato dispensada a otro trabajador en similares circunstancias que no fue cesado carece de sustento jurídico, por vincularse la condición laboral de este a una plaza excluida del concurso de traslados.

La sentencia del TSJ de Andalucía de 24/6/2020 desestima igualmente ambas pretensiones y estima el recurso interpuesto por la empleadora, por considerar que: a) el cese se ligaba a la cobertura reglamentaria de la plaza, iniciada antes de la reclamación de la actora (de 12/7/2016) sobre su hipotética condición de personal por tiempo indefinido, b) no concurrir discriminación por identidad de género ni ser discriminatoria la tardía puesta a disposición del sillón ergonómico, y c) la inexistencia de relación entre estos hechos y la convocatoria de la plaza en cuestión, incluida entre otros cientos de puestos públicos.

IV. Posición de las partes y planteamiento judicial

La demandante sostiene la vulneración el derecho a la igualdad en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad (amparada en las distintas reclamaciones presentadas en distintas fechas -14/12/2011, 15/9/2014, 16/12/2015 y 18/2/2016-), al considerar que concurren indicios de discriminación que determinan la inversión de la carga de la prueba (el trato inadecuado en su centro de trabajo, consistente en la prohibición de realizar visitas guiadas con niños, con el propósito de dificultar su visibilidad por parte del público del museo) como consecuencia de su transexualidad, junto con la ausente motivación de la inclusión de la plaza en el citado concurso, sobre la que afirma que no se desplegó actividad probatoria alguna por la demandada.

La letrada de la Junta de Andalucía solicita la desestimación de la demanda de amparo, por carecer de trascendencia constitucional, al existir ya pronunciamiento sobre la inclusión en el art. 14 CE de la discriminación por identidad de género, y por ausencia de la vulneración alegada, al no existir móvil discriminatorio en el cese. Alega

que: a) el carácter interino de la relación laboral, ligada a su cobertura mediante concurso, impedía aspirar a su ocupación por tiempo indefinido, y que su cobertura se desvincula por completo de las decisiones del centro de trabajo, en tanto el concurso de 12/7/2016 (anterior a la propia reclamación) tiene carácter general para toda la comunidad autónoma; b) que la exclusión de dicha convocatoria del puesto interino similar estaba justificada por tratarse de contrato de relevo para cubrir, hasta una fecha posterior, la jubilación parcial de una funcionaria, y que fueron cesados otros trabajadores del museo como consecuencia del concurso por razones de estricta legalidad; y c) las visitas guiadas y los talleres para niños no formaban parte del contenido del puesto de trabajo ocupado por la recurrente, por lo que su realización previa fue meramente ocasional o por falta de personal, y que tanto el trato ajustado a su nueva identidad de género como la entrega de la silla ergonómica fueron resueltos favorablemente con prontitud y, por tanto, no encierran trato discriminatorio.

El Ministerio Fiscal considera agotada la vía judicial previa, pese a la no interposición de recurso de casación para la unificación de doctrina, dada la imposibilidad de acreditar la contradicción que este requiere, y estima en el plano procesal que las sentencias impugnadas no efectuaron un análisis minucioso de la carga de la prueba tras la observación de los indicios, y en el sustantivo, que concurre discriminación por identidad de género, pero no así por vulneración de la garantía de indemnidad, pues: a) resulta irrelevante la voluntad lesiva de discriminar o la motivación discriminatoria, siendo, por el contrario, principal la actuación (objetiva) del empleador (STC 108/2019, de 30/9), y b) la discriminación relativa al segundo inciso del art. 14 CE no requiere necesariamente de un término de comparación, por más que pueda concretarse en desigualdades de trato que pueden ser objeto de contraste o necesitar de este para ser apreciadas (STC 172/2021, de 7/10), como parecen haber considerado las sentencias impugnadas. Con cita de normativa europea y doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (referida a otra circunstancia, la orientación sexual), sostiene que la discriminación por identidad de género es subsumible en la doctrina sobre discriminación por razón de sexo, en el ámbito laboral (STC 214/2006, de 3/7, y SSTC 66/2014, de 5/5, 2/2017, de 16/1, y 108/2019, de 30/9), aunque no se cite expresamente en el art. 14 CE, pues constituye una condición o circunstancia personal o social.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; arts. 14 y 24.1 de la Constitución española; arts. 16.2 y 29.3 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, del Parlamento de Andalucía, de ordenación de la función pública de la Junta de Andalucía; y art. 20 del VI Convenio colectivo del personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía.

VI. Doctrina básica

1. Inclusión de la identidad de género en las causas protegidas por el art. 14 CE

El Tribunal Constitucional arguye que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) es puramente formal e instrumental respecto a la pretensión principal, relativa a la alegada discriminación por identidad de género, en la que debe entenderse subsumida, en el marco del art. 14 CE, y analiza esta como cuestión central del recurso, si bien desde la óptica procesal. Previamente, entiende que concurre el requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo, pues el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo, atendiendo a los criterios establecidos en el art. 50.1 b) LOTC (STC 21/2024, de 12/1), acorde con la doctrina de la STC 155/2009, de 25/6, pues plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal, si bien al mismo tiempo remite a la doctrina existente, sentada en la STC núm. 67/2022, de 2/6, dictada por el Pleno (igualmente sobre despido discriminatorio, en periodo de prueba, basado en identidad de género), para examinar la cuestión planteada: la inclusión de la identidad de género entre las circunstancias prohibidas en el art. 14 CE y su proyección en el ámbito de las relaciones laborales. Doctrina que sintetiza que el

art. 14 CE no contiene una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3/8), aunque recoge las que históricamente se encuentran más arraigadas y que han provocado la desventaja social e incluso el daño a la dignidad personal ex art. 10.1 CE de ciertos sectores de la población (SSTC 128/1987, de 16/7, 166/1988, de 26/9, 145/1991, de 1/7, y 63/2011, de 16/5). Se halla entre ellas «la condición de transexual» (STC 176/2008, de 22/12), reconocida así también por el TEDH al interpretar el art. 14 CEDH y su Protocolo núm. 12 (SSTEDH de 16/7/2014, asunto Hämäläinen c. Finlandia, y de 12/5/2015, asunto Identoba y otros c. Georgia), y por el propio Tribunal Constitucional, en el contexto de las relaciones de trabajo, como es el caso de la STC 38/1981, de 23/11, cuando se trate de un indicio sólido y no de su mera alegación.

2. Indicios e inversión de la carga probatoria

En realidad, esta cuestión constituye el núcleo del análisis constitucional del caso planteado, tras resolver si la identidad de género goza de la protección del art. 14 CE. Con cita de su doctrina anterior respecto a la carga de la prueba en procesos sobre discriminación, afirma que la prueba indiciaria (indicios que generen «una razonable sospecha, apariencia o presunción» de que el ejercicio del derecho de autodeterminación de género ha sido el detonante de la decisión empresarial) provoca que la demandada deba probar la realidad de las causas de su actuación, ajena a la pretendida vulneración, y su entidad suficiente «para justificar la decisión adoptada al margen del derecho fundamental alegado» (STC 104/2014, de 23/6), aunque no exista intencionalidad discriminatoria, si los incumplimientos atribuidos al empleador «representan objetivamente actos contrarios a la prohibición de discriminación» (STC 233/2007, de 5/11).

El tribunal identifica la prueba indiciaria en cierta conflictividad de las relaciones laborales entre la recurrente y la dirección del museo a partir de su petición de ser identificada como Lucía y en la necesidad de apelar a la delegación territorial competente a fin de doblegar la inicial resistencia de la directora del museo a acoger la solicitud, pero descarta (en su afectación al cese) que lo sean el retraso de adaptación del puesto de trabajo, al haberse cursado la solicitud con gran antelación a la citada segunda petición (en septiembre de 2014, aunque se insistiera en ella con ocasión del cambio de identidad de género), y la prohibición de realizar visitas guiadas y talleres infantiles, en tanto estas no se integraban en el contenido del puesto de trabajo y se realizaban solo de forma ocasional o por falta de personal.

Invertida la carga probatoria, argumenta el Tribunal Constitucional, el canon de enjuiciamiento se proyectará sobre los hechos probados (art. 44.1 LOTC), pudiendo «alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales en presencia» (ex STC 41/2006, de 13/2). Sin embargo, ninguna discriminación se imputa a la Junta de Andalucía, sino únicamente a la directora del museo, ni de su inmediata respuesta positiva a la solicitud de la actora por parte de la consejería autonómica se deduce tal actitud. Y tampoco la extinción de la relación laboral tuvo que ver con el derecho de autodeterminación de género, sino con la convocatoria pública del concurso de traslados entre el personal laboral de carácter fijo o fijo discontinuo al servicio de la administración de la Junta de Andalucía, para cubrir puestos de trabajo ocupados interinamente por personal temporal, en virtud de la Ley del Parlamento de Andalucía 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la función pública de la Junta de Andalucía, convocatoria que no fue cuestionada por la demandante por discriminatoria, al haberse limitado esta a reclamar el carácter de su relación laboral como de tiempo indefinido y obtener respuesta negativa, pues, en virtud del art. 29.3 de la Ley 6/1985 (como del art. 20 del VI Convenio colectivo del personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía), debía producirse su cese al ser cubierto su puesto de trabajo por personal funcionario (art. 16.2 de la Ley 6/1985).

En consecuencia, y aunque se distribuye la carga de la prueba a partir de los indicios aportados, no se aprecia prueba sólida de discriminación en los hechos probados, sino adecuada motivación de la decisión administrativa, al deducirse del

relato fáctico que el cese no pudo deberse a una conducta discriminatoria de la empleadora (la Junta de Andalucía y no meramente el centro de trabajo), sino a la aplicación estricta de la legalidad ordinaria y convencional, no limitada a un único sujeto, más a una amplia pluralidad de ellos, en el marco de un procedimiento reglado de cobertura de vacantes ocupadas provisionalmente por personal interino, por tanto, basada en «motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate (STC 17/2007, de 12/2).

En suma, admitida la cobertura de la situación por el art. 14 CE, y apreciando indicio de discriminación en la dirección del centro de trabajo proyectable a la decisión extintiva, se considera que esta no fue adoptada por este, sino dentro de un marco autonómico y con un ámbito subjetivo general, en el seno de un proceso reglado, por lo que se descarta el móvil discriminatorio, diluido en una decisión reglada de efectos generales.

VII. Parte dispositiva

Se desestima el recurso de amparo, analizada la prueba, indiciaria y de contrario, por ausencia de vínculo específico entre la decisión administrativa y su afectación particular a la demandante.

VIII. Pasajes decisivos

«... sus derechos a la autodeterminación de género, ... hace referencia a una de las circunstancias personales que... activan la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE».

«... activado el principio de inversión de la carga de la prueba, nuestro enjuiciamiento no puede limitarse a comprobar si el órgano judicial efectuó una interpretación del derecho en juego que no fue irrazonable, ni arbitraria, ni manifiestamente errónea, ya que aquí el canon de enjuiciamiento no es el del art. 24 CE, sino el del derecho ... fundamental a la no discriminación por razón de identidad de género...».

«... dicho canon de enjuiciamiento se proyectará sobre “los hechos probados, conforme a la sujeción prescrita en el art. 44.1 b) LOTC, lo que no impide, según establecimos en las SSTC 224/1999, de 13 de diciembre; 136/2001, de 18 de junio, o 17/2003, de 30 de enero, que podamos alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales en presencia” (STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 4)».

«... la causa del cese de la recurrente no tuvo que ver con los desencuentros iniciales con la directora del museo sobre el reconocimiento de su identidad de género, sino con la resolución del concurso de traslados convocado por la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía, que afectó a las plazas vacantes de dicha comunidad autónoma en cumplimiento de las previsiones del convenio colectivo del personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía aprobado años antes».

IX. Comentario

1. La discriminación por identidad de género en el marco del art. 14 CE

El presupuesto del análisis que efectúa la resolución comentada es una cuestión sustantiva, si bien el núcleo de la misma tiene carácter procesal, lo que provoca que el examen del elemento sustantivo, pese a su mayor interés, devenga secundario, en buena parte porque su carga controversial es limitada, atendido que se trata de una cuestión ya resuelta por la STC núm. 67/2022, de 2/6, a cuyos fundamentos se remite, y en la que se citaba la STC 176/2008, de 22/12, que sostenía que la identidad de género «es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula» del segundo inciso del art. 14.1 CE. Asimismo, se cita la doctrina del TEDH en interpretación del

art. 14 CEDH y su Protocolo núm. 12, asimismo favorables a la tesis de la cláusula abierta en la que integrar la identidad de género como característica protegida (SSTEDH de 16/7/2014, asunto Hämäläinen c. Finlandia, y de 12/5/2015, asunto Identoba y otros c. Georgia), sin referencia alguna, por el contrario, a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

La legislación vigente, no aplicable a los hechos por razones temporales, desarraiga la tradicional vinculación de la característica personal aludida, la identidad de género, de la protección por razón de sexo, para crear una nueva categoría protegida, bajo las siglas comunes de «LGTBI(Q)» (vid. su definición en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025»), acogida en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (art. 3, que define la *identidad sexual* y la expresión de género). Ello derivaría, igualmente, en la desvinculación de la protección a la misma en el ámbito territorial español del marco legal y jurisprudencial europeo, en tanto que en este se mantiene vigente la tutela a la identidad de género bajo el paraguas de la protección frente a la discriminación por razón de sexo.

En efecto, la legislación de la Unión Europea y los tratados de ámbito europeo emplean el término “sexo” o, alternativamente, el de “mujeres”, como es el caso del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), que utiliza la expresión “género” en el sentido estricto de los roles sociales atribuidos a hombres y mujeres (art. 3 c), sin pretensión de abarcar otras identidades de género. Si bien algunos textos legales europeos se refieren explícitamente a la cuestión, lo hacen en el marco del principio de igualdad entre hombres y mujeres, como es el caso de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025», que afirma que el principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres se opone a la discriminación por motivos relacionados con el “cambio de sexo” (Cfr. STJUE de 30/4/1996, P. / S. y Cornwall County Council, C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170, y STJUE de 27/4/2006, Sarah Margaret Richards/Secretary of State for Work and Pensions, C-423/04), incluyéndolo dentro del concepto “sexo”, aunque se afirma explícitamente que «este marco jurídico aún no menciona explícitamente las características sexuales como motivo prohibido de discriminación».

En efecto, la Comisión Europea equipara sexo e identidad de género en la Comunicación de la Comisión «Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025» (apdo. 1.1). Asimismo, sostiene que la Directiva sobre la igualdad de género consagra el derecho de toda persona a no ser discriminada por razón de su sexo —ni por motivos relacionados con el cambio de sexo— en el acceso al empleo, las condiciones de trabajo y los regímenes profesionales de seguridad social, pero afirma que este marco legal no menciona explícitamente las características sexuales como una causa de discriminación. Por otra parte, su informe «Legal gender recognition in the EU: The journeys of trans people towards full equality» (2020) considera que el núcleo de protección es la reasignación de sexo y no la equiparación con el sexo de preferencia (es decir, la tutela por razón de sexo). La Comisión parece referirse a «personas no binarias, intersexuales y queer», abarcando tanto la expresión de género como lo que denomina “características sexuales”. Y, así, sostiene que «si bien algunos Estados miembros han incluido las características sexuales como motivo de discriminación en su legislación nacional en materia de igualdad, muchos han optado por dar una interpretación amplia a “sexo”» (Comisión Europea, «Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis», y Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, 2015, «Human rights and intersex people»). Por ello, España (junto a Bélgica, Islandia, Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo, Noruega, Portugal) reconoce el derecho de autodeterminación de género (mientras otros, como Austria,

Alemania o Malta regulan el derecho a declararse como no binarios, *Transgender Europe*, Trans rights map 2022). Algunos estados asimilan el tratamiento de la discriminación relacionada con la transexualidad como forma de discriminación por razón de sexo (en algún caso incluso como discriminación por razón de orientación sexual).

En el plano mundial, los Principios de Yogyakarta, del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, señalan que las características sexuales se hallan incluidas en el concepto amplio de «persona transgénero» a efectos de la protección por motivos vinculados a la «identidad de género», y que todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos, siendo uno de ellos la igualdad y la no discriminación (principio 2). Asimismo, el Convenio 190 OIT acoge la idea de «género», sustituyendo a la de «sexo» (que encuadra en la más amplia de género), no ya solo para integrar los motivos basados en el sexo biológico, sino también en los estereotipos de género y dar, además, cabida a otras consideraciones de género.

En el marco europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) se refiere únicamente al sexo en su art. 14. Sin embargo, teniendo en cuenta la lista no exhaustiva de causas previstas en el artículo 21.1, la identidad sexual se ha considerado como «otra condición», como ya indica la resolución comentada del TC. Sucede lo mismo con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Lo cierto es que la doctrina del TEDH, sentada principalmente en la Sentencia de 17/10/1986 (*Ress c. Reino Unido*, demanda núm. 9532/81) y en la Sentencia de 11/7/2002, *Goodwin vs. Reino Unido*, apoya la tesis de un derecho autónomo, separado del sexo.

Sin embargo, el TJUE opta por la inclusión dentro de la categoría de «discriminación por razón de sexo» de la debida a una reasignación o afirmación de sexo, quedando al margen de este ámbito las situaciones «queer» o de autodefinición no binaria. Así, la STJUE de 26/6/2018, asunto C-451/16, *MB y Secretary of State for Work and Pensions*, declara que, «a efectos de la aplicación de la Directiva 79/7, debe(n) considerarse como personas que han cambiado de sexo a las personas *que hayan vivido durante un período significativo como personas de un sexo distinto del de su nacimiento y que se hayan sometido a una operación de cambio de sexo*», pareciendo excluir a aquellas personas que no se hayan sometido a tal intervención quirúrgica, pese a vivir como mujeres, a los efectos de considerarlas incluidas en el ámbito de aplicación de la directiva.

Pero, en definitiva, y pese a las dudas conceptuales de los textos legislativos europeos, a efectos de su protección bajo una categoría u otra, la situación queda amparada bajo el concepto de «sexo» en el ámbito de la UE, y, por ende, en el español, aunque la legislación específica emergente en la materia (tanto en la UE como en España, ya consolidada tras un año desde la aprobación de la ley) permita una tutela autónoma a la identidad de género.

La sentencia analizada se centra, no obstante, en la interpretación del alcance del art. 14 CE para excluir todo debate del alcance de la tutela por razón de sexo, como si hizo la precedente STC núm. 67/2022, que alude a la tradicional intercambiabilidad de los términos sexo y género en la doctrina constitucional, según recoge la STC núm. 159/2016, de 22/9, confusión que se reproduce en la STC núm. 99/2019, de 18/7, de las que la STC 67/2022 se separa, apelando a la necesidad de distinguir los conceptos, y definiendo la expresión de género (que incluye el uso de nombres y pronombres, como en el caso analizado) como parte integrante del derecho a la propia imagen reconocido en el art. 18.1 CE. En tal otra decisión, el tribunal recuerda que asimismo «la identidad de género es una circunstancia que tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad, íntimamente vinculada al respeto de la dignidad humana (art. 10.1 CE)» y que, como ya sentó la STC núm. 176/2008, de 22/12, «la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula 'cualquier otra condición o circunstancia personal o social' a la que debe ser referida la interdicción de la

discriminación», que somete a las personas transexuales a situaciones contrarias a la dignidad proclamada por el art. 10.1 CE, norma interpretativa del art. 14 CE. Asimismo, concluye que la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, es aplicable también a la discriminación por motivos de identidad de género.

Por el contrario, en esta ocasión el TC opta, en coherencia con el concepto de categoría autónoma de protección, por la interpretación de la lista de circunstancias amparadas por el precepto constitucional. Soslayando su categorización, pero en una clara apuesta por su tutela independiente del sexo, en tanto el precepto constitucional no constituye una lista cerrada, declara que la situación estudiada debe considerarse, *per se*, amparada como circunstancia personal o social a la que alude el inciso final de la norma, por la evidente y notoria desventaja histórico-social de las personas que se encuentran en tal situación, interpretación que entiende conforme con la doctrina del TEDH ya aludida.

Queda aludida, si bien sin abordaje concreto, el alcance de la cara activa del ejercicio del derecho de autodeterminación de género para la empresa, consistente en las obligaciones de hacer que en ella genera, asimilables a los propios del derecho de libertad religiosa (v.gr. promover el cambio de tratamiento a la trabajadora).

2. El núcleo procesal del fallo y las decisiones de aplicación general

La resolución comentada centra su examen en una cuestión procesal: la verosimilitud o razonabilidad de los indicios de discriminación (útil para desvelar «las razones latentes de actos que puedan enmascarar una lesión de derechos fundamentales», ex STC núm. 104/2014, de 23/6) y la actividad probatoria suficiente de la demandada por inversión de la carga probatoria. Así, aplicando la doctrina constitucional sobre la carga probatoria en procesos sobre discriminación, sostiene el deber de efectuar el análisis constitucional a partir de los indicios aportados de manera exhaustiva y coherente con el respeto al valor del derecho a la no discriminación (recuérdese que, a tenor de la STJUE de 19/4/2012, Galina Meister, asunto C-415/10, «es preciso garantizar que una denegación de información por la parte demandada no pueda frustrar la realización de los objetivos pretendidos por las Directivas 2000/43, 2000/78 y 2006/54»), y admite la suficiencia de los indicios: que la actora desplegó en paralelo acciones de reclamación, con respuestas renuentes de su superior jerárquica, a su transición de género. Del mismo modo, deriva de la descripción del procedimiento legal y convencional aplicado a la cobertura de la vacante el efecto probatorio exigible a la demandada (que, de acuerdo con las SSTC 29/2002, 30/2002, 17/2003 y 342/2006, de 11/12, ha de tener entidad suficiente para justificar la decisión adoptada), descartando, pues, la relevancia de la conducta de la superior jerárquica, por carecer esta de efecto directo en la decisión extintiva cuestionada.

La argumentación de la sentencia comentada conduce a una suerte de axioma según el cual, en decisiones generales sujetas a un procedimiento reglado, no cabe la afectación individual de carácter discriminatorio. Así, los argumentos expuestos, pese a no constituir conclusión propia de la resolución, permitirían sostener este principio en casos como este, al no constar ni alegarse otros sujetos afectados por una hipotética discriminación (como recuerda el Ministerio Fiscal, tampoco se requiere para acreditar el trato discriminatorio individual, conforme a la STC núm. 172/2021, de 7/10), pues el pleito se circunscribe a la situación personal de la actora, excluyendo el examen de un posible impacto discriminatorio general, y limitándose a vincular la decisión extintiva con una desavenencia de índole personal con la superior jerárquica, que no fue la autora de la decisión impugnada.

Pese a que, en otras circunstancias, esta disociación entre ambos responsables no excluiría la relación de causalidad, en tanto ambos forman parte de un mismo círculo organizativo responsable de las decisiones, por autoría material o por refrendo, al ser doctrina constitucional que el acto reprochable puede tener o no intencionalidad,

debiendo demostrarse por el demandado que sus actos objetivamente son ajenos a la prohibición de discriminar (SSTC 67/2022 y 233/2007, y STJUE de 19/4/2012), en el caso analizado, y pese a que la conducta denunciada fue objeto de corrección por la entidad pública competente, el reproche constitucional se diluye en dinámicas decisionales de mayor alcance: los procedimientos de cobertura de vacantes provisionalmente ocupados por personal interino, si estos cuentan con el oportuno soporte legal y no se aprecia impacto indirecto (v.gr., el colectivo trans). Por lo que, dados los términos del debate suscitado y el marco general en el que se inscribe, puede concluirse que su carácter de interina había de ceder en todo caso ante los efectos generales de la resolución administrativa, con independencia de la gravedad de la conducta discriminatoria desplegada por la empleadora. En otros términos, que, en realidad, la delimitación del litigio, ligado en exclusiva a la impugnación del despido, impide responder adecuadamente a la conducta censurable sufrida por la trabajadora a manos de su superior jerárquica, resultado que habría optado a mejor destino de haberse planteado la reclamación en solicitud de tutela de derechos fundamentales derivados de la relación laboral y no solo como consecuencia de su extinción. En suma, existen dos planos de debate, admitiéndose que, en el plano inferior (el de la relación con la dirección del centro de trabajo), los indicios aportados apuntan a una posible conducta discriminatoria (contraria al deber de protección que el art. 4 Ley 4/2023 exige a los poderes públicos, y que su art. 8 predica de las administraciones autonómicas), mientras se descarta en el plano superior (el del ámbito de competencias de la delegación territorial del gobierno autonómico del que dependía la primera), condicionado por un factor temporal irrefutable: la fecha de la convocatoria de concurso de traslados.

X. Apunte final

Las limitaciones temporales relativas a la fecha de autos impiden integrar en el análisis de la sentencia comentada la incidencia tanto de la Ley 15/2022, de 12 de julio, como de la Ley 4/2023, en el tratamiento de la discriminación laboral por tal causa (y la salud, asimismo comprometida en este caso), especialmente considerando el principio de discriminación positiva (definido por el art. 3 f de la Ley 15/2022) para el colectivo afectado que parece introducir las leyes 15/2022 (arts. 7 y 11) y 4/2023 (especialmente, arts. 14 y 54, que apela a medidas de discriminación positiva, así como art. 55). Si bien bajo este parámetro temporal la resolución administrativa de cobertura de vacantes conduciría al mismo resultado, lo cierto es que de dicho nuevo marco legal podrían inferirse nuevos derechos de protección para la demandante, que, aun en el marco de la administración autonómica y bajo la sujeción a los principios de igualdad, mérito y capacidad, le permitieran solicitar una adaptación de condiciones, más allá de las relativas a su situación de salud (que también habrían quedado tuteladas tanto por la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales como por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre), aunando ambas características protegidas (identidad de género y discapacidad/salud), teniendo en cuenta las previsiones de la Ley 4/2023 en relación con la protección en el empleo de la aludida situación, aun condicionada por las directrices marcadas por los planes de diversidad establecidos en dicha ley. Elementos que, en cualquier caso, habrían de quedar expuestos en la demanda de origen, para ser integrados en el debate judicial.

- § 73 **Entrada y registro judicialmente autorizada en el domicilio de una empresa: los interrogatorios sorpresivos a trabajadores y directivos realizados por la Administración tributaria vulneran el derecho de defensa, pero no el de inviolabilidad del domicilio.**

Juan Martínez Moya

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Murcia).

Resumen: *En el contexto de una entrada y registro judicialmente autorizada en el domicilio de una empresa, la Administración tributaria no está habilitada para interrogar a los directivos y empleados de una empresa en las dependencias de esta, sin preaviso y sin procedimiento específico y predeterminado. Si lo hace, vulnera el artículo 24 de la Constitución que garantiza el derecho fundamental con todas las garantías y sin indefensión, pero no infringe el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 de la Constitución.*

Palabras clave: *Inviolabilidad del domicilio. Derecho a un proceso con todas las garantías. Interrogatorios. Trabajadores. Inspección tributaria.*

Abstract: *Dans le cadre d'une entrée et d'une perquisition judiciairement autorisées au domicile d'une société, l'administration fiscale n'est pas habilitée à interroger les dirigeants et les employés d'une société dans ses locaux, sans préavis et sans une procédure spécifique et prédéterminée. S'il le fait, il viole l'article 24 de la Constitution, qui garantit le droit fondamental avec toutes les garanties et sans défense, mais ne viole pas le droit fondamental à l'inviolabilité du domicile de l'article 18 de la Constitution.*

Keywords: *Inviolabilité du domicile. Droit à un procès avec toutes les garanties. Interrogatoires. Travailleurs. Inspection fiscale.*

I. Introducción

En el contexto de una entrada y registro judicialmente autorizada en el domicilio de una empresa, cuyo objeto estaba ceñido al examen de libros y registros de contabilidad, de información en soporte informático, así como de archivos físicos de contratos, facturas, recibos, correspondencia y otra documentación con relevancia tributaria ¿puede la Administración tributaria legítimamente interrogar individualmente a los directivos y empleados de la entidad mercantil inspeccionada sobre las actividades de esta y sobre su trabajo, si esa actuación – los interrogatorios- no estaban recogida en el auto de autorización ni tampoco había sido previamente anunciada por la Administración Tributaria a la mercantil, ni a sus directivos ni a sus empleados de que serían interrogados? ¿Vulnera esta actuación el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio contemplado en el art. 18 de la CE? Y, para el caso de que se dé por buena la actuación de la Administración Tributaria en ese supuesto ¿se infringe el art. 24 CE que garantiza el derecho fundamental a un

proceso con todas las garantías y sin indefensión? En el caso, el procedimiento de inspección tributaria concluyó con una liquidación vinculada a un delito.

A estas dos preguntas da respuesta la sentencia del TS (Contencioso-Administrativo) de 2 de julio de 2024 que comentamos. Esta sentencia no es un criterio aislado. La Sala III va consolidando su doctrina sobre la intervención (y/o injerencia) de la Administración Tributaria en los derechos fundamentales: desde el control de la autoridad judicial en el domicilio constitucionalmente protegido, al propio concepto de domicilio, y al hecho de que no es predicable de lugares tales como un ordenador o dispositivo electrónico o al tratamiento de información almacenada en dispositivos electrónicos (ordenadores teléfonos móviles, etc.)^[1].

Sin embargo, como veremos, la singularidad del caso analizado en la sentencia comentada se proyecta con relación al derecho de defensa. Las conexiones laborales y su extrapolación al ámbito inspector y sancionador laboral para cualquier atento lector son inevitables desde el momento que la Inspección interrogó también a trabajadores y las actuaciones se produjeron en el centro de trabajo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1173/2024, 2 de julio.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (LO 7/2015) núm. 5831/2023.

ECLI: ES:TS:2024:3653

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. Luis María Díez-Picazo Giménez

Votos Particulares: consta un Voto Particular del magistrado Excmo. Sr. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

-En la vía administrativa (interior del procedimiento administrativo de inspección tributaria)

En el curso de un procedimiento de inspección tributaria, la Agencia Estatal de Administración Tributaria solicitó autorización judicial de entrada y registro en el domicilio de la ahora recurrente, que fue concedida por *auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 29 de Madrid de 15 de octubre de 2021*.

El objeto de la entrada y registro debía consistir, con arreglo al citado auto, en el examen de libros y registros de contabilidad, de información en soporte informático, así como de archivos físicos de contratos, facturas, recibos, correspondencia y otra documentación con relevancia tributaria.

El registro domiciliario tuvo lugar el día 19 de octubre de 2021 y, durante el mismo, los funcionarios de la Administración tributaria procedieron a interrogar individualmente a los directivos y empleados de la entidad mercantil inspeccionada sobre las actividades de esta y sobre su trabajo.

-En la vía judicial

*Recurso contencioso-administrativo

Disconforme con la realización de los interrogatorios llevados a cabo durante el registro domiciliario, la entidad mercantil inspeccionada interpuso recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de protección de los derechos

fundamentales, sosteniendo que se trata de una vía de hecho que conculca los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y a un proceso con todas las garantías y sin indefensión (arts. 18 y 24 de la Constitución respectivamente).

*En instancia: sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo

El recurso contencioso-administrativo fue desestimado por *sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 29 de Madrid de 11 de noviembre de 2022*, por entender que los interrogatorios no guardan relación con la inviolabilidad del domicilio, pues pueden realizarse tanto fuera como dentro de este. Y en cuanto al proceso con todas las garantías y sin indefensión, consideró que queda salvaguardado por la posibilidad de posterior impugnación en sede jurisdiccional.

*En apelación: sentencia de la Sala Contencioso-Administrativa TSJ Madrid

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo fue recurrida en apelación por la empresa. El recurso fue desestimado y la sentencia de instancia se confirmó íntegramente en apelación por la *sentencia del TSJ (C-Adtvo) de Madrid de 27 de abril de 2023*.

*En casación:

La empresa interpuso recurso de casación.

El Auto de Admisión: la Sección Primera de la Sala de lo C-Adtvo del TS dictó *auto de 28 de noviembre de 2023*, admitiendo el recurso de casación preparado por la empresa contra la sentencia del TSJ de Madrid; y declaró que la cuestión planteada presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistente en "determinar si la realización por parte de la Inspección Tributaria, en el marco de la entrada en el domicilio constitucionalmente protegido, de cualesquiera actuaciones no previstas en la autorización judicial, y en concreto, los interrogatorios a los empleados de la entidad recurrente en el domicilio de la misma, vulnera el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a un proceso con todas las garantías, o el derecho de defensa, ello en el marco de una liquidación vinculada a delito.^[2]

La sentencia TS (C-Adtvo) de 2 de julio de 2024: estima el recurso de casación y anula las sentencias de instancia y apelación.

IV. Posición de las partes

1. La empresa (inspeccionada)

Tanto en vía administrativa como en la judicial ha considerado que la actuación material de la Inspección de los Tributos consistente en la práctica de interrogatorios a sus empleados vulneró los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y a la tutela judicial efectiva y de defensa de la empresa.

La tesis empresarial se sustenta en dos argumentaciones:

-Entiende que el interrogatorio de los directivos y empleados fue una actuación "premeditada" de la Administración tributaria, en el sentido de que no se trató de conversaciones casuales, ni de comunicación oral de tipo incidental o accesorio con respecto al registro domiciliario a fin de obtener alguna aclaración. Y entiende que la Administración tributaria aprovechando, la entrada y registro, buscó deliberadamente tomar declaración o interrogar a todos los directivos y empleados.

-Considera que se ha infringido el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y sin indefensión, al haber dado por buena la actuación de la Administración tributaria, también. Critica que se hizo acopio de material probatorio en condiciones irregulares, eludiendo el modo normal de tomar declaración o hacer interrogatorios; y dado que dicho material probatorio puede luego tener relevancia a efectos de la imposición de sanciones tributarias -o incluso en un proceso penal, desde el momento

en que en este caso el procedimiento de inspección concluyó con una liquidación vinculada a delito-, las garantías de defensa inherentes al posterior proceso contencioso-administrativo o penal han quedado de antemano cercenadas, vulnerándose así el *art. 24 de la Constitución*

Propugna que a efectos de reestablecer tales derechos fundamentales debía acordarse por los Tribunales la exclusión de las actuaciones de cualesquiera extremos relacionados con el contenido de dichos interrogatorios.

2. La Abogacía del Estado en representación de la Administración Tributaria

Ha mantenido, en todo momento, que las sentencias de instancia y de apelación eran ajustadas a derecho.

Emplea tres argumentos:

-Niega que se haya producido una vía de hecho porque la actuación de la Administración tributaria tenía cobertura normativa y que la entrada en el domicilio de la entidad mercantil inspeccionada había sido autorizada por el juez.

- Rechaza que haya habido vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. La toma de declaración o la realización de interrogatorios no guarda relación con el bien jurídico protegido por el *art. 18 de la Constitución*, y los obligados tributarios tienen un deber de colaborar con la Administración tributaria en los procedimientos de inspección, tal como disponen el *art. 142 de la Ley General Tributaria* y el *art. 173 del Reglamento General de Gestión e Inspección Tributaria* (Real Decreto 1065/2007).

- En cuanto al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y sin indefensión, sostiene que su relevancia se circunscribe al ámbito jurisdiccional.

3. El Ministerio Fiscal

Se opuso al recurso de casación. En particular, con relación a la exigencia de autorización judicial para realizar la entrada y registro, no sería precisa para la toma de declaración o la relación de interrogatorios puesto que se puede hacer también fuera del domicilio de la empresa.

V. Normativa aplicable al caso

+Constitución española: artículos 18 2. [“El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”] y art. 24 (derecho a la tutela judicial efectiva).

+Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, la Administración Tributaria está sometida a los principios generales del Derecho Administrativo: artículo 7 .2 “Tendrán carácter supletorio las disposiciones generales del derecho administrativo y los preceptos del derecho común.”

+Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, art. Artículo 173. Obligación de atender a los órganos de inspección. 1. Los obligados tributarios deberán atender a los órganos de inspección y les prestarán la debida colaboración en el desarrollo de sus funciones (...) 5. Asimismo, el personal inspector está facultado para: a) Recabar información de los trabajadores o empleados sobre cuestiones relativas a las actividades en que participen [...]

VI. Doctrina básica

- *El interrogatorio* realizado por Inspectores de la Administración Tributaria a los *directivos y empleados de una empresa* en las dependencias de la misma, sin preaviso y al hilo de un registro domiciliario judicialmente autorizado, y sin que exista fundamento normativo para interrogar sin

preaviso, si bien no vulnera el art. 18 de la CE, sí infringe el art. 24 de la misma si dichos interrogatorios se llevan a cabo sin ajustarse a ningún trámite procedimental específico, esto es, como si se tratase de una mera incidencia o de una operación más del registro domiciliario, que es una actuación particularmente grave e invasiva y cuyo objeto propio no es tomar declaración o realizar interrogatorios. Los interrogatorios así realizados constituyen una *vía de hecho* que comporta la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y sin indefensión.

- La Administración Tributaria, sin perjuicio de sus especialidades, está sometida a los principios generales del Derecho Administrativo. La práctica constante en el ordenamiento español (Ley de Enjuiciamiento Criminal – arts. 336, 410 y 419 y Ley de Enjuiciamiento Civil, arts. 291 y ss. – a cuya regulación se remite la Ley General Tributaria de 2003, art. 106 – normas sobre medios y valoración de la prueba-) es que el interrogatorio de personas – como investigados o testigos- debe hacerse mediante citación y el correspondiente preaviso, no mediante insidias y asechanzas. Los interrogatorios realizados de este modo y forma por la Administración Tributaria no tienen cobertura en el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria (Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio), porque aunque el art. 173.5. a) faculta a los inspectores para recabar información de los trabajadores o empleados sobre cuestiones relativas a las actividades en que participen, no establece ninguna regulación específica y precisa del procedimiento a seguir –ni dónde, ni cómo y ni cuándo- en estos supuestos.
- *No se vulnera el art. 18 de la CE* sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio porque el interrogatorio de los directivos y empleados de la entidad mercantil inspeccionada puede realizarse fuera del domicilio de esta. La toma de declaración o la realización de interrogatorios no es algo que necesite de autorización judicial. Y porque no cabe sostener que cualquier conversación o comunicación oral que en el curso de un registro domiciliario mantengan los funcionarios competentes con los directivos y empleados de la empresa vulnera el art. 18 si no está contemplada en el auto de autorización conduce a consecuencias excesivas, ya que de entenderlo así permitiría impugnaciones temerarias de registros domiciliarios perfectamente regulares, por no mencionar que la adecuada realización de los mismos puede requerir de la colaboración del personal de la empresa, lo que presupone la licitud de la comunicación oral.
- *Sí que se vulnera el art. 24 de la CE* porque si bien en estos caso el reproche de merma de garantías procesales y de deterioro de las posibilidades de defensa tienen como objeto una actuación de la Administración tributaria y no a una decisión judicial, puede suceder – como ocurre en el caso examinado- que una actuación administrativa reduzca o incluso elimine la posibilidad efectiva de defenderse más tarde en sede jurisdiccional puesto que se ha producido un acopio de material probatorio obtenido por la Administración tributaria mediante una vía de hecho podría ser tenido por válido en sede contencioso-administrativa o penal, por no mencionar que pondría a la entidad mercantil inspeccionada en una posición injustificadamente más débil en ese futuro proceso. En esta situación la empresa ve vulnerado su derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y sin indefensión ha sido vulnerado, lo que determina la nulidad de la actuación inspectora llevada a cabo de esa forma.

VII. Parte dispositiva

1º.- Pronunciamiento principal

-Estima los recursos de casación y apelación interpuestos por la representación procesal de CVC Investment Advisory Services S.L, respectivamente, contra las *sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de abril de 2023 y del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 29 de Madrid de 11 de noviembre de 2022*, anulando ambas sentencias.

-Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de CVC Investment Advisory Services S.L. contra la actuación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria consistente en los interrogatorios realizados con ocasión de la entrada y registro en el domicilio de la recurrente declarándola nula a todos los efectos.

2º. Pronunciamiento accesorio

-En casación, no impone costas.

-En apelación y la primera instancia, condena en costas a la Agencia Estatal de Administración Tributaria las costas de la primera instancia y de la apelación hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos.

El *Voto particular* es concurrente.

VIII. Pasajes decisivos

FUNDAMENTO SEXTO.- [...] “[L]o que ha de dilucidarse es si, con ocasión de una entrada y registro judicialmente autorizada, la Administración tributaria puede legítimamente interrogar individualmente a los directivos y empleados de la entidad mercantil inspeccionada sobre las actividades de esta y sobre su trabajo, teniendo en cuenta además que esa actuación no estaba recogida en el auto de autorización ni fue previamente anunciada. Así, se trata de determinar si ello contraviene los *arts. 18 y 24 de la Constitución* y, en caso de respuesta afirmativa, si ello constituye una vía de hecho. [...]”

FUNDAMENTO SÉPTIMO.- “Una vez precisado lo anterior, conviene comenzar por el reproche de vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Esta Sala considera que no hay tal. La exigencia de autorización judicial para la entrada y registro en domicilio tiene que ver, como indican el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, con el acceso a un espacio privado o reservado a fin de realizar actuaciones -en especial, la búsqueda de objetos- que son necesarias en investigaciones sobre hechos ilícitos. Ello significa que aquellas actuaciones que, aun buscando material probatorio sobre hechos penal o administrativamente ilícitos, pueden llevarse a cabo fuera del domicilio no precisan, en principio, de la autorización judicial exigida por el *art. 18 de la Constitución*. Dicho en pocas palabras, el interrogatorio de los directivos y empleados de la entidad mercantil inspeccionada puede realizarse fuera del domicilio de esta. La toma de declaración o la realización de interrogatorios no es algo que necesite de autorización judicial.

Junto a esta consideración, atinente a la *ratio* subyacente al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, debe hacerse otra consideración de índole consecuencialista: sostener, como hace la recurrente, que cualquier conversación o comunicación oral que en el curso de un registro domiciliario mantengan los funcionarios competentes con los directivos y empleados de la empresa vulnera el *art. 18* si no está contemplada en el auto de autorización conduce a consecuencias excesivas. Podría justificar impugnaciones temerarias de registros domiciliarios perfectamente regulares, por no mencionar que la adecuada realización de los mismos puede requerir de la colaboración del personal de la empresa; lo que, como es obvio, presupone la licitud de la comunicación oral.

Así, el verdadero problema en situaciones como la aquí examinada no es si cualquier comunicación oral no contemplada en el auto de autorización vicia el registro domiciliario, sino si por sus características esa comunicación oral debilita las posibilidades de defensa del obligado tributario sometido a la inspección.”

FUNDAMENTO OCTAVO.- Las anteriores consideraciones conducen a enfocar el asunto desde el punto de vista del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y sin indefensión. Aquí el discurso es inevitablemente más complejo. [...]

[...]

No es ocioso en este punto recordar que la Administración tributaria, aun con sus especialidades, está sometida a los principios generales del Derecho Administrativo, tal como se desprende del *art. 7 de la Ley General Tributaria*. También lo está, más en general, a las garantías inherentes a cualquier Estado de Derecho digno de tal nombre. La pauta prácticamente constante en el ordenamiento español es que el interrogatorio de personas -como investigados o como testigos- debe hacerse mediante citación y con el correspondiente preaviso, no mediante insidias ni asechanzas. Así, en la instrucción penal, la toma de declaración al inculcado se hace mediante citación salvo que esté detenido y a los testigos se les debe dar "cita con las formalidades de la ley" (*arts. 386 y 410 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*) [...]. En el proceso civil -a cuya regulación, por cierto, se remite el *art. 106 de la Ley General Tributaria* en materia de prueba, como atinadamente recuerda el Ministerio Fiscal- debe citarse a las partes, así como a los testigos, para la práctica de la prueba (*arts. 291 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil*). En el procedimiento administrativo común no hay nada parecido a una facultad de la Administración de interrogar a las personas en su domicilio y sin citación previa [...]. Es más: el *art. 19 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común* establece que la comparecencia de personas ante oficinas públicas solo es obligatoria si así lo prevé una norma con rango de ley; y ni que decir tiene que la comparecencia en una oficina pública es algo menos intrusivo y gravoso que un interrogatorio en domicilio.

Si todo esto es vinculante para los jueces penales, para los jueces civiles y para las Administraciones públicas en general, la pregunta inevitable es por qué no debería regir para la Administración tributaria.

Y la única respuesta del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal -con una breve referencia en la sentencia impugnada- es el *art. 173 del Reglamento General de Gestión e Inspección Tributaria*, que es un precepto reglamentario sin ningún apoyo preciso en la ley que está llamado a desarrollar. Pues bien, aun aceptando a efectos puramente argumentativos que por vía reglamentaria se pueda apoderar a la Administración tributaria para interrogar a los trabajadores de una empresa, resulta evidente de una simple lectura del *art. 173 del Reglamento General de Gestión e Inspección Tributaria* que este no contiene regulación alguna sobre dónde, cuándo y cómo puede la Administración tributaria recabar información de los trabajadores de una empresa. No hay, en otras palabras, ninguna regulación específica y precisa del iter procedimental a seguir en ese supuesto. Y ello no puede ser interpretado, tal como parece desprenderse de la argumentación del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal, como pura libertad administrativa sobre el modo de proceder. [...]

FUNDAMENTO DÉCIMO.- A la vista de todo lo expuesto, debe concluirse que la Administración tributaria no tenía, dadas las características del presente caso, fundamento normativo para interrogar sin preaviso y con ocasión de un registro domiciliario a los directivos y empleados de la entidad mercantil inspeccionada. Desde un punto de vista sustantivo, como se ha visto, su apoyo es endeble dado el rango puramente reglamentario del precepto invocado. Pero lo decisivo es que desde un punto de vista procedimental sencillamente no hay nada: los interrogatorios se realizaron sin ajustarse a ningún trámite procedimental específico. Como se dejó dicho más arriba, se llevaron a cabo como si se tratase de una mera incidencia o de una operación más del registro domiciliario. Esto implica que fue una actuación realizada

prescindiendo absolutamente de cualquier procedimiento idóneo para interrogar a personas, de manera que está incurso en causa de nulidad radical.

Más aún, conviene recordar que vía de hecho en sentido técnico es tanto la actuación administrativa carente de cualquier habilitación normativa, como la producida sin sujeción a procedimiento alguno. De aquí que lo ocurrido en el presente caso merezca esta última calificación.

Llegados a este punto, solo queda por determinar si esa vía de hecho comportó, además, una vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y sin indefensión, tal como sostiene la recurrente. Es verdad que el haz de derechos fundamentales consagrados por el *art. 24 de la Constitución* tiene su ámbito normal de aplicación en sede jurisdiccional, es decir, en los procesos seguidos ante los juzgados y tribunales que conforman el Poder Judicial. El reproche de merma de garantías procesales y de deterioro de las posibilidades de defensa en este caso se dirige, en cambio, a una actuación de la Administración tributaria; no a una decisión judicial. Ahora bien, ocurre que aun siendo infrecuente no es imposible que una actuación administrativa reduzca o incluso elimine la posibilidad efectiva de defenderse más tarde en sede jurisdiccional. Esto es lo ocurrido en el presente caso, dado que el acopio de material probatorio obtenido por la Administración tributaria mediante una vía de hecho podría ser tenido por válido en sede contencioso-administrativa o penal, por no mencionar que pondría a la entidad mercantil inspeccionada en una posición injustificadamente más débil en ese futuro proceso. En ese sentido, su derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y sin indefensión ha sido vulnerado y, por supuesto, la consecuencia es la nulidad de la actuación inspectora que ha sido objeto de la controversia [...]

FUNDAMENTO UNDÉCIMO.- La respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo debe ser que el interrogatorio de los directivos y empleados de una empresa en las dependencias de la misma, sin preaviso y al hilo de un registro domiciliario judicialmente autorizado no vulnera el *art. 18 de la Constitución*, pero sí el *art. 24* de la misma si se lleva a cabo en la forma en que se hizo en esta ocasión. [...]

IX. Comentario

1. El contexto normativo: la jurisprudencia y el “diálogo” con el legislador

El 10 de julio de 2021 se publicó en el BOE la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego. En el Preámbulo de dicha Ley se dice que: “A la luz de la última doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, se incluyen algunas modificaciones de alcance exclusivamente procedimental en la Ley General Tributaria y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que, sin afectar al contenido del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio ni a las garantías de control judicial, clarifican el régimen de autorización judicial de entrada en el domicilio del obligado tributario o la obligada tributaria que haya sido solicitada por la Administración Tributaria en el marco de una actuación o procedimiento de aplicación de los tributos”. La jurisprudencia a la que hace referencia el preámbulo es la STS, de 1 de octubre de 2020, RC 2966/2019, aunque a esta precede un cuerpo de doctrina legal consolidada, bien representada por la STS, de 10 de octubre de 2019, RC 2818/2017, que viene a recordar, compilar y sistematizar la jurisprudencia anterior y que en gran parte va a ser reproducida en la primera de las sentencias citadas.^[3]

Con este apunte normativo y jurisprudencial dejamos constancia del contexto de la evolución y especial atención que viene teniendo la materia relativa a la intervención de la Administración tributaria cuando con sus actuaciones compromete derechos fundamentales como el de la inviolabilidad del domicilio^[4]. Precisamente, la STS, de 10 de octubre de 2019^[5], RC 2818/2017 citada examinaba la solicitud de entrada y

registro en domicilio constitucionalmente protegido, acordada en un procedimiento de comprobación e inspección. La conclusión a la que se llega es que no puede reputarse necesaria una medida de esta naturaleza cuando los datos que pretenden obtenerse no son imprescindibles para el fin perseguido. Por su parte, la STS de 1 de octubre de 2020^[6], deja claro que “[L]a autorización de entrada debe estar conectada con la existencia de un procedimiento inspector ya abierto y cuyo inicio se haya notificado al inspeccionado, con indicación de los impuestos y periodos a que afectan las pesquisas, por derivar tal exigencia de los artículos 113 y 142 de la LGT. Sin la existencia de ese acto previo, que deberá acompañarse a la solicitud, el juez no podrá adoptar medida alguna en relación con la entrada en el domicilio constitucionalmente protegido a efectos de práctica de pesquisas tributarias, por falta de competencia (art. 8.6 LJCA y 91.2 LOPJ)”.

2. *La preservación del derecho a la tutela judicial efectiva (derecho de defensa)*

Sin embargo, en el caso analizado por la sentencia del TS (Contencioso-Administrativo) de 2 de julio 2024, la garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio pasa el test de “constitucionalidad y legalidad de la medida”, pero pone el foco de atención en el desde el punto de vista del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y sin indefensión.

En el caso se acordó la autorización judicial de entrada y registro en el domicilio de una entidad mercantil. Esta autorización no comprendía la realización de interrogatorio de los directivos y empleados. Sin embargo, dicho interrogatorio se produjo sin preaviso y al hilo del registro domiciliario.

No se vulnera el art. 18 de la CE sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio porque el interrogatorio de los directivos y empleados de la entidad mercantil inspeccionada puede realizarse fuera del domicilio de esta. La toma de declaración o la realización de interrogatorios no es algo que necesite de autorización judicial. Y porque no cabe sostener que cualquier conversación o comunicación oral que en el curso de un registro domiciliario mantengan los funcionarios competentes con los directivos y empleados de la empresa vulnera el art. 18 si no está contemplada en el auto de autorización conduce a consecuencias excesivas, ya que de entenderlo así permitiría impugnaciones temerarias de registros domiciliarios perfectamente regulares, por no mencionar que la adecuada realización de los mismos puede requerir de la colaboración del personal de la empresa, lo que presupone la licitud de la comunicación oral.

La sentencia pone especial acento en la falta de habilitación normativa para realizar esas actuaciones – los interrogatorios- no sólo sin preaviso sino sin someterse a un procedimiento específico. La Sala levanta la vista y mira cómo se regulan los interrogatorios en el ámbito penal, civil, administrativo, y desvela, por una parte, una falta de rango normativo en la regulación – no lo es un reglamento-, y en todo caso, una insuficiencia en su regulación reglamentaria puesto que el *art. 173 del Reglamento General de Gestión e Inspección Tributaria* no contiene regulación alguna sobre dónde, cuándo y cómo puede la Administración tributaria recabar información de los trabajadores de una empresa. Y ello, e palabras de la sentencia comentada: “no puede ser interpretado (...) como pura libertad administrativa sobre el modo de proceder.”

Y concluye en que *sí que se vulnera el art. 24 de la CE* porque si bien en estos casos el reproche de merma de garantías procesales y de deterioro de las posibilidades de defensa tienen como objeto una actuación de la Administración tributaria y no a una decisión judicial, puede suceder – como ocurre en el caso examinado- que una actuación administrativa reduzca o incluso elimine la posibilidad efectiva de defenderse más tarde en sede jurisdiccional puesto que se ha producido un acopio de material probatorio obtenido por la Administración tributaria mediante una vía de hecho podría ser tenido por válido en sede contencioso-administrativa o penal, por no mencionar que pondría a la entidad mercantil inspeccionada en una posición injustificadamente más débil en ese futuro proceso. En esta situación la empresa ve vulnerado su derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y sin

indefensión ha sido vulnerado, lo que determina la nulidad de la actuación inspectora llevada a cabo de esa forma.

3. El voto particular^[7]

La manifestación de disidencia es concurrente con el fallo – la estimación del recurso y nulidad de las actuaciones inspectoras-, pero discrepante con el rechazo de la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, en este caso de una persona jurídica, que, en opinión del magistrado que lo formula, también debió ser apreciada.

En el voto particular conecta de manera inescindible la cuestión debatida con la decisión judicial que autoriza la entrada y registro^[8]: 1) por una parte, tienen presente que "uno de los presupuestos que según reiterada jurisprudencia de esta Sala - Sección Segunda- (sentencia de 23 de octubre de 2023, dictada en recurso 1/2021 , y las que en ella se citan) son necesarios para la validez de una autorización de entrada y registro: "Tanto la solicitud como la autorización judicial deben contemplar específicamente (i) la finalidad de la entrada, (ii) la actuación inspectora a llevar a cabo, y (iii) la justificación y prueba de su necesidad, porque existen indicios de defraudación tributaria, que deben acreditarse, y porque no existen otras medidas alternativas menos gravosas -principio de subsidiariedad-". Sin duda ello es consecuencia de la obligación que impone el artículo 113 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT): "La solicitud de autorización judicial para la ejecución del acuerdo de entrada en el mencionado domicilio deberá estar debidamente justificada y motivar la finalidad, necesidad y proporcionalidad de dicha entrada". 2) Por otro lado, considera que lo cuestionado en el recurso es el modo en que se buscó y obtuvo esa información pues los funcionarios actuantes podrían haber rebasado las actuaciones autorizadas. En definitiva, alega que la autorización de entrada no puede servir para fines diferentes a los propuestos y autorizados. que son contrarias al derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas las actuaciones que durante la ejecución de una autorización de entrada y registro realice la Inspección Tributaria y que, siendo relevantes, tengan identidad propia y no estén incluidas expresamente en la autorización judicial que se ejecutaba. Y 3) concluye que la respuesta dada a la cuestión de interés casacional objetivo también debió incluir que el interrogatorio de los directivos y empleados de una empresa en las dependencias de la misma, sin preaviso y al hilo de un registro domiciliario judicialmente autorizado que no incluía esa actuación inspectora sorpresiva, esencial y relevante, vulnera, no solo el artículo 24 de la Constitución , sino también su artículo 18.2.

X. Apunte final

Es incuestionable la relevancia doctrinal de esta sentencia, incluido, por supuesto, el voto particular. Deja constancia del estado actual sobre la incidencia de las actuaciones de la Administración Tributaria, en el marco de autorizaciones de entrada y registro en domicilio de empresa. Son "zonas de riesgo" de vulneración de derechos fundamentales. En el caso, se orilla el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, pero el Tribunal Supremo afronta el debate, con mirada de futuro, a "campo abierto", preservando -y garantizando- lo que pueda ser objeto de decisión en la vía judicial. Interrogatorios a directivos y empleados realizados, sin preaviso y sin un procedimiento predeterminado legalmente vulnera el derecho de defensa. la Administración tributaria no puede realizar esos interrogatorios, no preavisados, a su "albur" ni pueden estar dejados a la "pura libertad administrativa".

Resulta incontestable el alcance práctico de esta doctrina. Por descontado, en el ámbito tributario. También nos puede hacer reflexionar sobre su proyección en materia laboral, propósito de las sanciones, y en las actuaciones de la Inspección de Trabajo en los centros de trabajo. Recordemos que los principios generales del Derecho Administrativo también están presentes en la práctica de la Administración Laboral (Inspección de Trabajo) y judicial.^[9] Pensemos en el modo y en la forma de incorporarse – previa realización – de testimonios de empleados y directivos en las

Actas levantadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Ahora bien, no perdamos de vista que hay que conjugarlos en el contexto en que estas actuaciones se producen – accidentes de trabajo, infracciones laborales, etc.- si tenemos en cuenta los derechos en juego y los bienes jurídicos protegidos en estos casos.

Referencias:

1. ^ NAVARRO SANCHIS, Francisco José. *Algunas reflexiones sobre la intervención de la Administración Tributaria en los derechos fundamentales*. Cuaderno de Derecho Digital, CENDOJ, 2024
2. ^ ATS 16380/2023 - ECLI:ES:TS:2023:16380^a. Ponente: Teso Gamella, Pilar.
3. ^ MONTERO FERNÁNDEZ, José Antonio. *Encuentro de la Sala Tercera del Tribunal Supremo con magistrados de lo contencioso-administrativo (2021)*. Cuadernos Digitales de Formación, Núm. 34, 2021. CENDOJ.
4. ^ CALVO VÉRGEZ, Juan. *La entrada de la inspección tributaria en la sede de las empresas y en el domicilio constitucionalmente protegido (previa autorización judicial) a la luz de la jurisprudencia constitucional*. Revista Quincena Fiscal Año 2019 Número 5 marzo (2019)
5. ^ CALVO VÉRGEZ, Juan. *La entrada de la inspección en el domicilio de las personas jurídicas y el necesario examen de los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad* Análisis de la STS de 10 de octubre de 2019, rec. núm. 2818/2017 Revista de Contabilidad y Tributación. CEF, 444 (marzo 2020), pp. 145-170 | 145
6. ^ CASTILLO BADAL, Ramón, *El control de la Administración tributaria en las entradas domiciliarias* Actualidad Administrativa, Nº 1, Sección Ejercer en forma y plazo, Enero 2023, LA LEY
7. ^ *Formulado por el Magistrado D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero*
8. ^ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín. *La práctica y ejecución material de las invasiones domiciliarias al hilo de la realización de actuaciones inspectoras: examen de su régimen jurídico y de sus aspectos más controvertidos* RCyT. CEF, núm. 375 (junio 2014)
9. ^ GÓMEZ OREA, Manuel, *El derecho de las personas jurídicas a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de la Inspección de Trabajo* Manuel Gómez Orea. Relaciones Laborales, Sección Cuestiones prácticas, 1991, pág. 1387, tomo 1, Editorial LA LEY

§ 74 **Infracotización derivada de pactos individuales en masa sobre descuelgue.**

Antonio V. Sempere Navarro

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

Resumen: El artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) permite que las empresas con dificultades puedan inaplicar parte del contenido del convenio colectivo, pero supedita ello al logro de un acuerdo colectivo o a que así lo decida un laudo arbitral. En el caso suscitado, sin embargo, el empleador promueve y alcanza acuerdos individuales con su plantilla. El resultado es que tanto los salarios cuanto las bases de cotización sufren importantes bajadas. La Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) es quien reclama a la empresa el abono de las diferencias de cotización (no prescritas). La empresa argumenta que ese organismo no tiene legitimación para ello y que, además, corresponde a la jurisdicción social pronunciarse sobre el particular. Sin embargo, la STS-CONT 1235/2024 de 9 de julio considera que la Administración de la Seguridad Social sí puede realizar un control de legalidad desde la perspectiva expuesta y que la discusión sobre su acierto compete a los Juzgados y Tribunales del Orden Contencioso. Ante la evidencia de que se han incumplido los trámites preceptivos para llevar a cabo el “descuelgue” la sentencia comentada declara su carencia de efectos y la desestimación de la demanda interpuesta por la empresa.

Palabras clave: Cotización al Régimen General de la Seguridad Social. Acuerdos individuales de desvinculación. Competencia de la TGSS. Cuestión prejudicial sobre la procedencia de la inaplicación del convenio por razones económicas.

Abstract: Article 82.3 of the Workers' Statute (ET) allows companies in difficulty to disapply part of the content of the collective agreement, but makes this conditional on the achievement of a collective agreement or on the decision of an arbitration award. In the case raised, however, the employer promotes and reaches individual agreements with its staff. The result is that both wages and contribution bases suffer significant decreases. The General Treasury of the Social Security (TGSS) is the one who claims from the company the payment of the contribution differences (not prescribed) and the company warns that this body does not have standing to do so and that, in addition, it is up to the social jurisdiction to rule on the matter. However, STS-CONT 1235/2024 of 9 July considers that the Social Security Administration can carry out a control of legality from the perspective set out above and that the discussion on its correctness is the responsibility of the Courts and Tribunals of the Contentious Order. In view of the evidence that the mandatory procedures to carry out the “unhooking” have not been complied with, the judgment commented on declares its lack of effects and the dismissal of the lawsuit filed by the company.

Keywords: Contribution to the RGSS. Individual agreements to detach. Competence of the TGSS. Preliminary ruling on the validity of the non-application of the agreement for economic reasons.

I. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección Tercera).

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 1235/2024, de 9 de julio.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 5275/2021.

ECLI:ES:TS:2024:3857

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

Votos Particulares: Carece.

II. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El acto impugnado es una liquidación efectuada por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social en Zaragoza, por diferencias de cotización en el Régimen General (RGSS) respecto de ciertos trabajadores y períodos de la empresa recurrente, diferencias resultantes de haberse *descolgado* dicha empresa del convenio colectivo provincial

1. Antecedentes y datos básicos del litigio

A) El origen del caso se encuentra en las resoluciones de la TGSS (11 junio 2014 la inicial; 20 de octubre de 2015 la desestimatoria del recurso de alzada) respaldando el Acta de liquidación provisional levantada por diferencias de cotización.

En concreto, la mercantil ha cotizado por sus trabajadores de conformidad al Convenio Colectivo de empresa y no según el Convenio Colectivo del sector de transportes de Mercancías, Mudanzas, Guardamuebles y Logística de la provincia de Zaragoza.

El importe reclamado asciende a 256.861,80 euros.

B) Inicialmente el Juzgado de lo Contencioso consideró que habían caducado las actuaciones previas al acta de liquidación o comprobatorias de la inspección. El 25 de octubre de 2016 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Zaragoza dictó sentencia en el proceso contencioso-administrativo 290/2015, por la que se estimaba la demanda formulada por Frío Aragón. Se basaba en que el cómputo del plazo (de nueve meses) para que así sucediera comenzaba desde la Orden de servicio y no desde la visita de inspección^[1]. Mediante sentencia de 31 de enero de 2018 la Sala de lo Contencioso del TSJ de Aragón validó ese criterio.

Interpuesto recurso de casación por la TGSS, la STS-CONT 1064/2020 de 21 de julio de 2020^[2] fijó como doctrina que el cómputo del plazo de nueve meses establecido para las actuaciones de comprobación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) no se inicia, en caso de que exista orden de servicio y posterior visita de inspección, cuando se dicta la orden de servicio, sino cuando se produce la visita de inspección. Con arreglo al artículo 13 de la Ley 42/1997 y artículo 14 y concordantes del Real Decreto 138/2000, la orden de servicio es el medio organizativo utilizado por la jefatura de inspección para asignar tareas determinadas, pero en modo alguno dicha orden de servicio puede ser considerada, pues ninguna

norma lo establece así, como día inicial en el cómputo del plazo máximo de duración del procedimiento en cuestión.

C) En suma: 1º) El recurso contencioso administrativo ordinario 290/2015 que la mercantil Frio Aragón interpuso contra la liquidación de cotizaciones a la que se ha hecho referencia fue estimado por sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Zaragoza, al entender que el procedimiento administrativo de inspección había caducado. 2º) Esa decisión fue confirmada en apelación por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal de Justicia de Aragón en sentencia de 31 de enero de 2018. 3º) El Tribunal Supremo dictó su sentencia 1064/2020 sentando la doctrina opuesta, con retroacción de actuaciones al momento anterior a dictar la sentencia de apelación para que, sin apreciar la caducidad, la Sala juzgadora resolviera el resto de cuestiones suscitadas en el litigio.

2. Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia^[3]

A través de su nueva sentencia 140/2021 de 27 de abril, complementada por auto de 26 de mayo de 2021, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Aragón resolvió el recurso. Estima la apelación, revoca y anula la sentencia de instancia y desestima el recurso contencioso-administrativo. Sus núcleos argumentales son los siguientes

A) No existe obligación de que la Inspección de Trabajo presente demanda de oficio ante la jurisdicción del orden social.- Aunque la conducta achacada a la empresa (inaplicación de convenio al margen del cauce legal previsto) constituye infracción administrativa, la LRJS (art. 148) no contempla el supuesto como uno de los que obliga a poner en marcha ese procedimiento.

B) No es necesario que previamente se inste la nulidad del convenio de empresa y del descuelgue.- La posibilidad de que la Inspección active el control de legalidad del convenio colectivo (art. 90.5 ET) no es una obligación. Es innecesario que la jurisdicción social haya de pronunciarse previamente al respecto. Ello por la simple aplicación del artículo 4 de la LJCA que permite resolver, con carácter prejudicial, el debate, puesto que es indispensable para decidir y no estamos en una cuestión de carácter constitucional o penal. La Administración de la Seguridad Social tiene competencia plena para liquidar las cuotas, con la interpretación precisa y completa de la normativa social de aplicación, donde se encuentran los convenios colectivos y luego esta jurisdicción tiene obligación de interpretar las normas sociales de aplicación, si es preciso para controlar la conformidad a derecho del acto recurrido.

C) El Acta de liquidación acredita los hechos en que basa la aplicación de la norma.- Es verdad que la ITSS no acredita el procedimiento seguido para rebajar los salarios por medio de un "descuelgue", pero la falta de este proceso se da por supuesta, por la falta de intervención de la comisión paritaria del convenio sectorial aplicable, tal como se señala en el Acta de Liquidación. Si la Administración imputa la ausencia de un procedimiento, esto es un hecho negativo, la carga de la prueba cambia, y es la parte actora la que tendrá que acreditar que se ha seguido el procedimiento adecuado.

D) Omitir el levantamiento de un Acta de Infracción, obviando el consiguiente pronunciamiento de la jurisdicción social, no invalida la reclamación de diferencias en la cotización.- Al confirmar el Acta de liquidación, la ITSS indica que no abre ese expediente sancionador para no agravar más la situación de empresa, pero que ello no significa que las cuotas no deban ser objeto de liquidación, pues ni la Administración puede renunciar a esos derechos, ni pueden renunciar los trabajadores. Y si no hay sanción tampoco es posible buscar un pronunciamiento en una jurisdicción a la que la Ley no obliga.

E) El descuelgue no se ha pactado conforme a las previsiones legales y convencionales.- Los acuerdos han sido alcanzados individualmente con cada trabajador y no con los representantes de los trabajadores legitimados para negociar

un convenio colectivo. No se ha producido con carácter previo un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4 ET. Tampoco la empresa ha comunicado por escrito el inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores y, simultáneamente, a la Comisión Mixta del presente Convenio colectivo.

3. Auto de admisión

El recurso formalizado por la empresa fue admitido mediante Auto de la Sección de Admisiones de la Sala Tercera del Supremo fechado el 17 de noviembre de 2022^[4]. Declara de interés casacional determinar si para que dejen de tener eficacia *erga omnes* los convenios colectivos y los pactos de inaplicación de los convenios del artículo 82.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores es necesario que previamente se haya calificado como ilícito por la Administración, y si es suficiente la dirección de un oficio a la Jurisdicción Social.

III. Posición de las partes

1. Empresa demandante

La empresa recurrente entiende, en síntesis, que la autoridad laboral no podía inaplicar directamente un convenio colectivo sin instar previamente la declaración de su ilegalidad ante la jurisdicción laboral.

Discute la parte recurrente la competencia de la Administración para determinar la invalidez de un acuerdo de descuelgue y del convenio de empresa y para actuar de forma ejecutiva reclamando las diferencias entre las cotizaciones pagadas de conformidad con el acuerdo de descuelgue y las que corresponderían según el convenio colectivo provincial. Sostiene que la TGSS no estaba facultada para actuar de esa manera sin siquiera transmitir a la Autoridad laboral de la Comunidad Autónoma la duda sobre la ilicitud del convenio ni realizar actuación alguna para imponer las sanciones que pudieran corresponder a la empresa por adoptar acuerdos contrarios a los derechos económicos de los trabajadores.

De acuerdo con lo señalado en el Convenio Colectivo de aplicación, firmado entre partes el día 24 de noviembre de 2009 y publicado el día 25 de enero de 2010, es posible el "descuelgue salarial" adoptado por el empresario y no es necesario un acuerdo expreso sino la ratificación posterior de los trabajadores en los tres meses siguientes, sin que sea precisa la intervención de la Comisión Paritaria en el supuesto de que existiera acuerdo con los trabajadores, que es la tacha principal que se hace por la Inspección de Trabajo en el Acta de 7 de marzo de 2014.

Considera que hubo acuerdo y por lo tanto no puede ser ilegal y contrario a derecho la cláusula que ha sido inaplicada en trámite de las actas de liquidación objeto del recurso.

2. Administración de la Seguridad Social

La TGSS insiste en el enfoque ya acogido en la vía administrativa. Considera que el TSJ de Aragón ha aplicado correctamente la normativa vigente e insta la desestimación del recurso de casación.

De la dilatada actuación de comprobación desplegada es incuestionable que la empresa acordó reducciones salariales por debajo del convenio colectivo provincial sectorial sin sujetarse a los mecanismos previstos "ad hoc" en el Estatuto de los Trabajadores, otorgando prevalencia a tratos particulares otrora negociados otrora impuestos sobre normas de rango superior.

Así resulta manifiesto que de manera expresa, en el periodo inspeccionado, se pactan con algunos trabajadores disminuciones retributivas con renuncia a las tablas comprendidas en el convenio colectivo provincial aplicable, que se reconoce en los contratos individuales como supletorio. En la misma línea se "pacta" con parte del colectivo la novación retributiva con su prórroga; con otra parte, la misma novación sin prórroga.

Cabe acudir al descuelgue, pero por el procedimiento establecido y por los órganos de los trabajadores legitimados y convenientemente representados. Y en este caso no ha habido prueba, y no lo es los documentos aportados en demanda, que se haya seguido el procedimiento y con los interlocutores válidos.

IV. Normativa aplicable al caso

Sobre la conformidad a Derecho del descuelgue aplicado respecto del convenio colectivo provincial y la competencia del Juzgado de lo Contencioso para valorarlas no son demasiadas las normas a tener en cuenta.

1. Convenio Colectivo sectorial

A tenor del convenio colectivo sectorial (artículo) 26, la inaplicación del convenio colectivo se admite en los siguientes términos:

Los porcentajes de incremento salarial establecidos en este convenio no serán de obligada aplicación para aquellas empresas que acrediten objetiva y fehacientemente situaciones de déficit o pérdidas mantenidas en los ejercicios de 2008-2009. Asimismo se tendrán en cuenta las previsiones para 2010. Igualmente se podrá acceder a la inaplicación salarial, cuando se de (sic) una situación de dificultad de orden económico, incluida falta de rentabilidad, aunque de momento no se haya materializado en pérdidas y ello favorezca efectivamente la estabilidad económica de la empresa. A efectos de seguimiento de los resultados de la inaplicación, la empresa informará mensualmente a los representantes de los trabajadores de la evolución de los estados financieros, requiriéndose necesariamente el acuerdo con estos, en el plazo de tres meses a partir de efectuado este descuelgue. De no lograrse el acuerdo y sin que la comisión paritaria del convenio, a la que deberá en ese supuesto someterse el caso, dicte resolución aprobatoria respecto de aquel, el convenio colectivo se aplicará en sus propios términos.

2. Estatuto de los Trabajadores

El artículo 82.3 del ET aborda la cuestión atinente a la eficacia personal del convenio colectivo en los siguientes términos:

Los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias:

[...]

d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.

La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo.

Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. El acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá

prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa. El acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el plan de igualdad aplicable en la empresa. Asimismo, el acuerdo deberá ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo.

En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada. Cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o esta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

Cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

El resultado de los procedimientos a que se refieren los párrafos anteriores que haya finalizado con la inaplicación de condiciones de trabajo deberá ser comunicado a la autoridad laboral a los solos efectos de depósito."

3. *Ley de la Jurisdicción Contenciosa*

El artículo 4º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, prescribe lo siguiente:

1. La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales.

2. La decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente.

4. *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social dispone en su artículo 3º.f) que no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social de las *impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas.*

V. Doctrina básica.

1. Competencia del orden contencioso

La determinación de la legalidad del acto impugnado corresponde a esta jurisdicción en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 LJCA y en el artículo 3.f) LRJS. Conforme a esos preceptos, para resolver el caso es preciso determinar la conformidad a Derecho de la decisión de Frio Aragón de descolgarse del convenio colectivo provincial, lo que constituye un supuesto de prejudicialidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 LJCA.

2. Legalidad de la actuación de la TGSS

Tiene razón la Sala de instancia al confirmar la legalidad de la actuación de la TGSS. El artículo 148 LRJS no recoge como causa para una demanda de oficio la existencia de un acta de infracción por las irregularidades detectadas en el caso de autos en el acuerdo de descuelgue del convenio provincial. Y si bien la autoridad laboral podría seguir ese cauce, según prevé el artículo 90.5 ET, tal actuación no es preceptiva. Quiere ello decir que no está obligada la Administración de la Seguridad Social a incoar un procedimiento sancionador y a formalizar una demanda de oficio ante la Jurisdicción Laboral para determinar la ilicitud del acuerdo de descuelgue que habilitase a la Tesorería a practicar las liquidaciones causa del presente litigio.

La TGSS tiene competencia para practicar tales liquidaciones y, según indica la sentencia de instancia, con la interpretación competa y precisa de la normativa social de aplicación, en la que se encuentran los convenios colectivos. No hay en definitiva ningún precepto que requiera que la TGSS debiera realizar actuaciones previas antes de efectuar una liquidación que presupone la ilicitud de un acuerdo de descuelgue o de un convenio de empresa.

3. Decisión sobre la ineficacia de los pactos individuales

De acuerdo con todo lo anterior, la conformidad a Derecho de las liquidaciones efectuadas por la resolución de 11 de junio de 2014 de la Dirección Provincial de la TGSS depende de si el acuerdo de descuelgue respetó la normativa laboral que rige ese tipo de actuación. Y tal como ha constatado la Sala de instancia, la mercantil recurrente no ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 82.3 ET.

Según este precepto es preciso que se llegue a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1 ET. Dicho acuerdo requiere un previo período de consultas en los términos del artículo 41.1 del ET y en el que los interlocutores por parte de los trabajadores ha de ser los representantes indicados en el citado artículo 82.3 del ET, párrafos segundo y quinto.

4. Consecuencia del incumplimiento empresarial del trámite

En el caso no se ha acreditado haber cumplido con el referido procedimiento, ya que el acuerdo se alcanzó con los trabajadores de forma individual y no con los representantes legitimados para negociar un convenio colectivo y sin que se siguiera previamente el preceptivo proceso de consultas en los términos del artículo 41.1 del ET.

Así las cosas, debe confirmarse la validez de la actuación de la Tesorería General de la Seguridad Social tal como determinó la sentencia impugnada.

VI. Parte dispositiva

Como consecuencia de los razonamientos desenvueltos, favorables a la desestimación de la demanda, la Sala Tercera del Tribunal Supremo acuerda lo siguiente:

A) Declarar que no ha lugar y, por lo tanto, desestimar el recurso de casación interpuesto por Frío Aragón, S.L. contra la sentencia de 27 de abril de 2021 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el recurso de apelación 305/2016.

B) Confirmar la sentencia objeto de recurso.

C) No imponer las costas del recurso de casación^[5].

VII. Pasajes decisivos

El Fundamento de Derecho Cuarto es el que condensa la doctrina sentada, en los siguientes términos:

Planteaba el auto de admisión como cuestión de interés casacional determinar si para que dejen de tener eficacia erga omnes los convenios colectivos y los pactos de inaplicación de los convenios del artículo 82.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores es necesario que previamente se haya calificado como ilícito por la Administración, y si es suficiente la dirección de un oficio a la Jurisdicción Social.

Como hemos visto, en el caso de autos hemos resuelto que la Administración de la Seguridad Social podía liquidar actas de cotizaciones que presuponían la ilegalidad de un acuerdo de descuelgue de un convenio colectivo provincial sin necesidad de incoar un procedimiento sancionador o de que se inste una demanda de oficio ante la jurisdicción laboral.

Sin embargo, para alcanzar esta conclusión hemos debido efectuar una interpretación prejudicial de la normativa laboral, tanto del Estatuto de los Trabajadores como de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, normas sobre las que no resulta procedente efectuar una declaración interpretativa con alcance general más allá del presente litigio.

VIII. Comentario

1. El mecanismo de “descuelgue” como excepción.

De la naturaleza normativa del convenio colectivo se derivan importantes efectos: 1º) el contenido normativo del convenio se impone al del contrato individual de trabajo (STC 58/1985, de 30 abril), el cual no puede establecer válidamente condiciones que perjudiquen al trabajador por ser menos favorables o contrarias a las fijadas en convenio colectivo [art. 3.1.c) ET]. 2º) La indisponibilidad de los derechos reconocidos al trabajador por normas estatales de Derecho necesario alcanza también a los derechos establecidos con carácter mínimo en los convenios colectivos (art. 3.5 ET), derechos que no pueden ser reducidos o anulados ni siquiera por vía de absorción en un conjunto de mejoras individuales ulteriores. 3º) Las partes del convenio no pueden desligarse de lo pactado, salvo por el procedimiento del «descuelgue».

2. Papel del convenio en su propia inaplicación

Precisamente, el art. 85.3 ET reputa «contenido mínimo» de los convenios colectivos las cláusulas sobre determinación de las partes del convenio, ámbitos de éste, procedimientos para resolver discrepancias relativas a la no aplicación («descuelgue») de condiciones de trabajo, forma y tiempo de la denuncia del convenio, y designación de la comisión paritaria y de su régimen de actuación. La exigencia es similar a la necesidad de incluir en los convenios el deber de negociar medidas o planes de igualdad (art. 85.1 ET) y específicamente el deber de negociar dichos planes en las empresas de más de 250 trabajadores (art. 85.2 ET).

3. Régimen general del descuelgue

El art. 82.3 ET regula el procedimiento del llamado «descuelgue» o inaplicación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo sectorial o de empresa. Tal

procedimiento, que supone una quiebra notable de la imperatividad del convenio colectivo, consiste en que cuando existan causas económicas, técnicas, organizativas o de producción^[6], la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo pueden acordar, tras un período de consultas, inaplicar en la empresa condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo en materia de jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, movilidad funcional más allá de lo previsto en el art. 39 ET, y mejoras voluntarias de la Seguridad Social. El régimen de la intervención de los negociadores se remite a lo dispuesto en el art. 41.4 ET para las consultas en los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

El convenio colectivo puede ser modificado durante su vigencia si así lo acuerdan las partes negociadoras; pero si el convenio es de carácter estatutario (y por consiguiente negociado de acuerdo con lo dispuesto en el Título III del ET) su modificación habrá de hacerse por un convenio de la misma naturaleza^[7]. No cabe la modificación de un convenio colectivo estatutario por un simple pacto colectivo posterior, aunque en él intervengan todos los representantes patronales y de los trabajadores que hubiesen constituido la mesa negociadora del convenio^[8]. La legitimación para negociar una modificación parcial del convenio reside en los representantes actuales legitimados y no en los que negociaron el convenio que se modifica^[9].

Si el período de consultas concluye con acuerdo, éste debe determinar «con exactitud» las nuevas condiciones aplicables en la empresa, cuya vigencia no podrá exceder la del convenio inaplicado. Habiendo acuerdo se presume que hay causa justificativa para el «descuelgue»; en consecuencia, dicho acuerdo no podrá ser impugnado, salvo en el caso de que estuviera viciado por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Si el período de consultas no concluye en acuerdo, cualquiera de las partes puede someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio. A falta de este sometimiento, o cuando no se alcanzara acuerdo en el seno de aquella, las partes podrán recurrir a los procedimientos de solución de conflictos establecidos en los acuerdos interprofesionales, incluido el arbitraje vinculante. Con carácter subsidiario, cualquiera de las partes puede someter la solución de las discrepancias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (cuyas decisiones y las de los árbitros que pueda designar son impugnables ex art. 91 ET) o, en su caso, a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas^[10].

El resultado de los referidos procedimientos de solución de desacuerdos debe comunicarse a la autoridad laboral «a los solos efectos de depósito» (art. 82.3 in fine ET).

4. Referencia jurisprudencial

A) La figura coloquialmente identificada como *descuelgue* del convenio solo puede surgir cuando concurren una serie de circunstancias tanto de tipo normativo (se desea alterar una condición de trabajo presente en un convenio colectivo), ámbito negocial (la empresa es la unidad de negociación), causal (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), procedimental (período de consultas en los términos del artículo 41.4), material (referida a las materias contempladas en el ET), subjetivo (necesitándose acuerdo o laudo) y cronológico (la vigencia no puede superar la del convenio inaplicado) ^[11].

B) Eso significa que la posibilidad de acogerse al mecanismo de referencia no permite en modo alguno la inaplicación unilateral del convenio, debiendo en todo caso agotarse el procedimiento legalmente establecido para llegar a ese resultado. Así, de no alcanzarse acuerdo con la representación de los trabajadores legitimada, solo el agotamiento de las vías que el texto legal abre -como acudir a la comisión paritaria del convenio, a los procedimientos del art. 83 ET en su caso, y, finalmente, a la

correspondiente Comisión consultiva de convenios- pueden acabar por permitir a la empresa el apartamiento de la cláusula convencional controvertida, descartándose la adopción de medidas de descuelgue de forma unilateral^[12].

C) Es imposible que por la vía del art. 41 se proceda a alterar lo previsto en convenio colectivo. La alteración impuesta por la empresa excede con mucho de lo permitido por el artículo 41.2 ET y "aun cuando en el presente caso, alguna de las medidas adoptadas por la empresa en relación con alguno de los colectivos trabajadores afectados pudiera tener encaje en el citado apartado 2 del artículo 41, el conjunto de medidas no puede conllevar -como aquí acontece- la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores^[13].

D) A su vez, para interpretar los términos del convenio colectivo hay que estar a la doctrina confirme a la que La interpretación literal, atendiendo al sentido literal de sus cláusulas, salvo que sean contrarias a la intención evidente de las partes (artículos 3.1 y 1281 CC; STS 13 octubre 2004, rec. 185/2003). La interpretación sistemática, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (artículos 3.1 y 1285 CC). La interpretación histórica, atendiendo a los antecedentes históricos y a los actos de las partes negociadoras (artículos 3.1 y 1282 CC). La interpretación finalista, atendiendo a la intención de las partes negociadoras (artículos 3.1, 1281 y 1283 CC). No cabrá la interpretación analógica para cubrir las lagunas del convenio colectivo aplicable (STS 9 abril 2002, rec. 1234/2001). Y los convenios acuerdos colectivos deberán ser interpretados en su conjunto, no admitiéndose el "espigueo" (STS 4 junio 2008, rec. 1771/2007)^[14].

E) No cabe suplir el procedimiento previsto legalmente por la obtención de una autorización judicial para proceder a inaplicar el convenio colectivo, ni siquiera invocando las razones de fondo o las construcciones generales sobre *rebus sic stantibus*^[15].

F) El "descuelgue" o apartamiento del convenio colectivo es algo que como su propio nombre indica sólo produce efectos desde el momento en que se acuerda la inaplicación de la norma convencional, actúa hacia el futuro, como evidencia el hecho de que la norma hable de las nuevas condiciones aplicables en la empresa y su duración, por cuanto al obligar a fijar "las nuevas condiciones... y su duración", la norma se está refiriendo a la permanencia en el tiempo de lo nuevo, lo que indica la imposibilidad de retroacción de efectos porque lo nuevo es antónimo de lo antiguo y la norma nueva sólo es aplicable a partir de su creación. Y es lógico que así sea porque el convenio colectivo regula las condiciones del trabajo que se va a realizar, el futuro, pero no los derechos ya nacidos y consumados por pertenecer ya al patrimonio del trabajador. Ciertamente que el convenio colectivo puede disponer de los derechos de los trabajadores reconocidos en un convenio colectivo anterior (art. 82-3 del ET, en relación con el 86-4 del mismo texto), pero tal disposición no le faculta a disponer de los derechos que ya se han materializado y han ingresado en el patrimonio del trabajador^[16].

5. Diferencias entre modificación sustancial y descuelgue.

Las SSTS 17 diciembre 2014 (rec. 24/2014), 23 junio 2015 (rec. 315/2013) y 616/2016 de 6 julio (rec. 155/2015), entre otras, enumeran las principales diferencias y semejanzas entre la MSCT y el descuelgue:

- Las causas para una y otra son similares, pues en ambos casos se pretende buscar una solución a un problema por el que atraviesa la empresa que se traduce en dificultades económicas o sencillamente en su falta de *competitividad, productividad o en necesidades de organización técnica o del trabajo en la empresa*.

- La lista de materias susceptibles de modificación sustancial es abierta, siendo ejemplificativa la contenida en el art. 41.1 ET; el elenco de materias respecto de las que cabe la inaplicación es cerrado. Las dos tablas son casi coincidentes, si bien el

art. 82.3 ET menciona las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, cuya referencia se omite en el ET art. 41.

- Sólo los cambios en las condiciones de trabajo que tengan carácter sustancial quedan sometidos al procedimiento previsto en el art. 41 ET. Sin embargo, todas las alteraciones de las condiciones de trabajo previstas por el convenio, sean sustanciales o no, deben quedar sometidas al *descuelgue*.

- El empresario habrá de acudir al procedimiento previsto en el ET art. 41 cuando pretenda modificar condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Por el contrario, la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 ET (art. 41.6 ET).

- La decisión de modificación de condiciones de trabajo, sea de carácter individual o colectivo, compete al empresario, quien puede imponerla aunque no haya acuerdo con la representación legal de los trabajadores. Sin embargo, la inaplicación de condiciones de trabajo no puede llevarse a efecto de forma unilateral por el empresario: es necesario el pacto o el laudo sustitutivo.

- Mientras que la duración del descuelgue no puede ir más allá del tiempo de aplicación del convenio, la vigencia de una MSCT no aparece legalmente limitada en su duración temporal.

- Hay también diferencias respecto de la impugnación (plazos, modalidad procesal, etc.) y de las consecuencias. En determinados casos de MSCT el trabajador que resultase perjudicado puede rescindir su contrato percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

Conviene diferenciar los supuestos en que estemos ante la aplicación de un mandato normativo. Al no hallarnos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ni ante un inaplicación o descuelgue del convenio colectivo, sino ante una variación impuesta por la normativa excepcional aplicable a partir del estado de alarma causado por el COVID-19 resulta equivocado aplicar las previsiones del artículo 82.3 ET^[17].

IX. Apunte final

La STS-CONT sienta una doctrina clara: a) Admite la propia competencia para determinar, de manera prejudicial, la validez de un descuelgue. b) Considera ilegal el descuelgue habido en el caso. c) Legitima el proceder de la TGSS, reclamando las diferencias de cotización derivadas de la disminución retributiva.

El problema, sin embargo, no acaba aquí. Sin ir más lejos, la STS-CONT 740/2024 de 6 mayo^[18] entiende que la TGSS, la ITSS y el orden contencioso, por respeto a los principios de seguridad jurídica y negociación colectiva, así como al principio de reserva de jurisdicción, no puede considerar inválido e inaplicable un acuerdo de prórroga de un acuerdo de descuelgue salarial de un convenio colectivo, con base a una indiciaria infracción formal del procedimiento seguido, referida a la elusión de la obligación de notificación de la formalización del acuerdo de descuelgue a la Comisión Paritaria, por cuanto corresponde a la jurisdicción social conocer de las causas de nulidad de dichos acuerdos.

Referencias:

1. ^ *Se trata del día inicial para el cómputo del plazo de caducidad de nueve meses previsto en el artículo 17 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero.*
2. ^ ECLI:ES:TS:2020:2401; Ponente, Sr. Toledano Cantero.
3. ^ STSJ-CONT Aragón 140/2021 de 27 julio (rec. 305/2016). Ponente, Sr. Zapata Hígar. ECLI:ES:TSJAR:2021:1385.
4. ^ ECLI:ES:TS:2022:16361^a. Ponente. Sr. Fonseca-Herrero Raimundo.
5. ^ *En aplicación de lo dispuesto en el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, cada parte ha de abonar las costas del recurso de casación causadas a su instancia y las comunes por mitad.*
6. ^ [6] *Particularidad de la causa económica en estos procedimientos es que la Ley entiende que hay disminución persistente del nivel de ingresos o ventas cuando se prolonga por dos trimestres consecutivos, respecto de los mismos trimestres del año anterior (art. 82.3 ET). La STC 8/2015 considera ajustado a Derecho el procedimiento regulado en dicho precepto.*
7. ^ STS Sala General de 30 de junio de 1998, Rec.2987/1997 seguida en SSTS de 21 de febrero de 2000, REc.686/1999, de 18 de octubre de 2004, Rec.191/2003
8. ^ SSTS-SOC 11 de julio de 2006, Rec.107/2005; 24 de septiembre de 2015, Rec.54/2014
9. ^ STS-SOC 312/2024 de 21 febrero (rec. 29/2022).
10. ^ [10] STC 119/2014, de 16.7 y TC 8/2015, de 22.1, declaran constitucional dicha competencia.
11. ^ STS-SOC 971/2017 de 29 noviembre (rec. 23/2017, Casbega).
12. ^ STS-SOC 616/2016 de 6 julio rec. 155/2015.
13. ^ STS-SOC 11 diciembre 2013 (rec. 40/2013)
14. ^ *Por todas*, STS-SOC 1148/2024 de 17 septiembre (rec. 275/2023).
15. ^ STS-SOC 406/2024 de 29 febrero (rec. 323/2021).
16. ^ *Por todas*, STS-SOC 515/2022 de 2 junio (rec. 230/2021).
17. ^ *Por todas*, STS-SOC 950/2024 de 25 junio (rec. 88/2022).
18. ^ ECLI:ES:TS:2024:2240. Ponente, Sr. Bandrés Sánchez-Cruzat.

§ 75 Nulidad de la modificación introducida en una bolsa de trabajo por contradecir la cláusula 5ª de la Directiva 99/70.

Susana Rodríguez Escanciano

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

Resumen: Es contraria a la cláusula 5ª de la Directiva 99/70 la modificación de un reglamento regulador de bolsas de trabajo de una empresa pública, que introduce una categoría denominada "no disponible temporal", de seis meses de duración, en la que quedaría incluida toda persona candidata cuando su nuevo llamamiento pudiera provocar la superación del límite temporal para dejar de considerar su relación laboral como temporal, pues tal novación impide adquirir la cualidad de indefinido no fijo.

Palabras clave: Contratación temporal. Irregularidad. Empresa pública. Indefinido no fijo. Bolsas de trabajo.

Abstract: It is incompatible with clause 5 of Directive 99/70 to change a regulation of a public company's employment exchange by introducing a category known as 'temporary unavailable', of six months' duration, which would include any applicant whose new call-up could lead to the temporary limit being exceeded in order to stop their employment relationship being considered as temporary, since such a novation prevents them from becoming permanent non-permanent employees.

Keywords: Temporary contracting. Irregularity. Public company. Indefinite-not permanent contracting. Labour exchanges.

I. Introducción

Las bolsas de empleo, relaciones de candidatos o listas de espera, están integradas por aquellas personas que, habiendo participado en algún proceso reglado de selección de personal no han obtenido plaza en la convocatoria, pero han quedado a disposición de la Entidad pública para cubrir, de forma temporal y no definitiva, las vacantes que, por cualquier causa, pudieran surgir en la plantilla. En su configuración aparecen imbricados tres elementos: una lista de aspirantes, el departamento del organismo público encargado de gestionar las admisiones, adjudicar los números de prelación y designar al candidato propuesto, y la contraparte social ocupada en controlar el proceso, reuniéndose periódicamente al efecto.

Ahora bien, aun cuando se trata de una fórmula de gran utilidad para los gestores de recursos humanos, pues permite la incorporación rápida de personal preparado para atender necesidades de interés general, lo cierto es que su implementación plantea importantes inconvenientes. Entre los más frecuentes, cabe mencionar los siguientes: 1) la manifiesta la inseguridad de las personas inscritas no solo en cuanto al número de orden asignado que puede responder a muy diversos y variados criterios (atender exclusivamente a las pruebas anteriores o adoptar otros parámetros como asistencia a cursos formativos o experiencia en el empleo público, en significativos

ejemplos); 2) la debilidad del mecanismo a través del cual se lleva a efecto la incorporación al puesto de trabajo que puede consistir en la respuesta a una llamada telefónica o a un mensaje vía sms; 3) la expulsión automática del sistema ante la falta de disponibilidad; 4) las dudas sobre el orden jurisdiccional competente para dilucidar los conflictos planteados (social o contencioso administrativo); o 5) su contribución al incremento de la temporalidad en el sector público, pues los vínculos derivados de la bolsa siempre carecen de la nota de la estabilidad.

Es más, teniendo en cuenta que en muchos casos a través de las bolsas se están cubriendo con vínculos temporales necesidades permanentes de personal, surge de inmediato una sospecha de irregularidad en su utilización, no en vano pueden resultar contrarias a 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, cuyo fin último radica en la aplicación de medidas efectivas de protección de los trabajadores que han sido sometidos a una utilización abusiva de contratos a término con objeto de sancionar debidamente dicho abuso. Cabe recordar que esta norma comunitaria recoge dos pautas nucleares con frecuencia conculcadas en el marco del sector público: de un lado, la cláusula 4ª establece el principio de no discriminación de los trabajadores con contrato a término respecto de los trabajadores indefinidos comparables como principio general del Derecho de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva; de otro, la cláusula 5ª impone a los Estados miembros el propósito de evitar contratos temporales sucesivos, debiendo incluir en sus ordenamientos disposiciones que prevengan y sancionen dicha renovación abusiva, si bien contando con un margen de discrecionalidad en cuanto a las medidas preventivas y represivas a establecer dentro del límite del principio de efectividad.

A la luz de esta realidad, en el presente supuesto de hecho, la controversia litigiosa radica en determinar si debe declararse nulo, por contradecir la citada Directiva 1999/70, un acuerdo alcanzado por una empresa pública y los sindicatos UGT y CC.OO en relación con la modificación de un reglamento regulador de las bolsas de trabajo, que introduce una categoría denominada “no disponible temporal”, de seis meses de duración, en la que se ubicaría a toda persona candidata cuando su nuevo llamamiento pudiera provocar la superación del límite temporal para dejar de considerar su relación laboral como temporal.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Social)

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 925/2024, de 17 de junio.

Tipo y número recurso: recurso de casación núm. 126/2022.

ECLI:ES:TS:2024:3466

Fuente: CENDOJ

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El Sindicat de Treballadors i Treballadors de les Administracions i els Serveis Públics (STAS-IV) presentó demanda de conflicto colectivo ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana solicitando la declaración de nulidad del acuerdo de 17 de diciembre de 2021, firmado por la empresa pública Valenciana de Aprovechamiento Energético de Residuos SA (VAERSA) y los sindicatos UGT y CCOO, por el que se modifica el reglamento de bolsas de la citada empresa. Dicha pretensión fue estimada por Sentencia de 15 de febrero de 2022.

Como hechos probados de dicho pronunciamiento judicial, se fijaron los siguientes:

1.- Con fecha 29 de septiembre de 2021 se reúne telemáticamente la comisión negociadora fijándose en el orden del día la modificación del reglamento de bolsa, asistiendo por la parte de la empresa VAERSA, el director general, el subdirector y un representante del departamento de recursos humanos; y por la parte sindical los siguientes sindicatos con el referido porcentaje de representación: UGT: 42,55%, STAS: 27,66%, CCOO: 14.89%, CPAT: 4,26%, SIT:4,26% I USO : 2,13%.

2.- Con fecha 23 de noviembre de 2021 se reúne, de nuevo, telemáticamente la comisión negociadora, abordando la propuesta de modificación del reglamento de bolsas, en relación los puntos 7 y 8, dándose traslado a las organizaciones con representación en la comisión negociadora con fecha 24 de noviembre de 2021 para que en el plazo de una semana se manifestaran en relación con la aceptación o no del nuevo texto.

3.-Con fecha 17 de diciembre de 2021 por la representación sindical mayoritaria de UGT y CCOO aceptan la propuesta de modificación del reglamento de bolsas, acordando la siguiente redacción:

De un lado, "7.-Situaciones en la bolsa: f) No disponible temporal: En aplicación de las limitaciones temporales establecidas en el ET y legislación de desarrollo en el marco de la relación laboral que une a cada persona trabajadora con la entidad, si en un nuevo llamamiento la persona candidata puede superar el límite temporal para dejar de considerar la relación laboral como temporal; esta pasará a situación de 'no disponible temporal'".

De otro, "8.-Normas de funcionamiento de las bolsas: c) Proceso de activación y desactivación: El paso de una persona candidata a la situación de 'no disponible temporal' se realizará de forma automática para el personal que alcance la situación descrita por lo establecido en el punto séptimo f de este Reglamento y afectará a todas las bolsas donde se halle inscrito. Su activación en la bolsa o las bolsas como disponible se podrá realizar por parte de la persona interesada a partir del primer día natural del mes siguiente al mes que cumpla los seis meses en situación de no disponible temporal".

Contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 15 de febrero de 2022, que declara la nulidad de tal modificación, se interponen sendos recursos de casación clásica por la empresa y por el sindicato CC.OO.

IV. Posición de las partes

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2024 resuelve sendos recursos de casación ordinarios planteados a la luz del art. 207 e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). Así:

De un lado, la empresa alega la infracción de la cláusula 4ª de la Directiva 1999/70/CE y de la disposición adicional 17ª del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Señala que la aludida disposición adicional 17ª EBEP, reguladora de consecuencias indemnizatorias y responsabilidades por actuaciones irregulares en materia de contratación temporal, no es de aplicación a una empresa pública porque no está incluida en el ámbito objetivo del EBEP más allá de la remisión que realiza la disposición adicional 1ª EBEP en lo que se refiere únicamente a los arts. 52, 53, 54, 55 y 59. Además, teniendo en cuenta que la modificación impugnada trata de establecer un sistema de prelación y llamamiento dentro de bolsas de empleo válidamente pactado entre las partes, no puede ser calificada como nula, pues ello perjudicaría a aquellos trabajadores que pudieran tener unas expectativas de ocupar unos determinados puesto de trabajo.

De otro, el sindicato CC.OO denuncia la infracción de las cláusulas 4ª y 5ª de la Directiva 1999/70, así como del art. 15.6 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) en redacción anterior a la reforma operada por Real Decreto 32/2021, de 28 de diciembre. Sostiene que la interpretación de la modificación del reglamento de ordenación de las bolsas de trabajo conforme a los criterios del art. 3.1 del Código Civil avala su legalidad porque de lo que se trata es de cumplir con la regulación jurídica de los contratos temporales en el sentido de que cuando finalice el vínculo por alcanzar el periodo máximo de vigencia legal, el trabajador simplemente pase a situación de "no disponible temporal" sin ser cesado ni expulsado de las listas, de manera que su activación en la bolsa depende del propio trabajador, lo cual favorece, a la postre, la rotación de los inscritos en las relaciones de candidatos.

En fin, la parte actora considera, sin embargo, que la modificación supone un manifiesto abuso de derecho e incurre en fraude de ley, pues no existe causa legal para la ruptura de la relación laboral o para que no se produzca el correspondiente llamamiento. Antes al contrario, lo pretendido es constituir fraudulentamente un cortafuegos con el objetivo de impedir la efectiva contratación, ocasionando una vulneración del derecho al trabajo al sancionar al candidato por causas imputables únicamente a la empresa. Es ésta última la que tiene que convocar ofertas de empleo para terminar con la temporalidad y no perjudicar al personal aspirante con la privación de ocupación, no llamándole cuando le corresponde, alegando que se puede superar el límite temporal para dejar de considerar la relación laboral como temporal.

Por lo demás, el sindicato STAS-IV presentó escritos de impugnación de ambos recursos en los que solicita su desestimación y el Ministerio Fiscal informó en contra de la estimación de los recursos.

V. Normativa aplicable al caso

Se toman en consideración los siguientes pasajes de la Directiva 99/70:

--Cláusula 1ª, en virtud de la cual "el objeto del presente Acuerdo marco es: a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación; b) establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada".

--Cláusula 4ª, conforme a la que "por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas".

--Cláusula 5ª, a la luz de la cual "1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales. 2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada: a) se considerarán "sucesivos"; b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido".

Además, también se baraja lo dispuesto en el art. 15 ET; en concreto:

--Art. 15.5, cuyo tenor dice que: "las personas trabajadoras que en un periodo de veinticuatro meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho

meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas. Esta previsión también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente. Asimismo, adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal".

--Art. 15.6, cuyo literal establece que: "las personas con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que las personas con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado. Cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad de la persona trabajadora, esta deberá computarse según los mismos criterios para todas las personas trabajadoras, cualquiera que sea su modalidad de contratación".

Asimismo, son traídos dos preceptos del Código Civil:

--Art. 6.4, conforme al cual "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

--Art. 7.2, en virtud del cual "la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".

En fin, también se dilucida sobre el ámbito de aplicación de la disposición adicional 17ª EBEP, que dispone que: "1. Las Administraciones Públicas serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma y, en especial, velarán por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino. Asimismo, las Administraciones Públicas promoverán, en sus ámbitos respectivos, el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal. 2. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas. 3. Todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal será nulo de pleno derecho... 5. En el caso del personal laboral temporal, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado (20 días de salario por año de servicio), sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica. Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los periodos de tiempo

inferiores a un año. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades”.

VI. Doctrina básica

El Tribunal Supremo analiza el contenido de las cláusulas 4ª y 5ª de la Directiva 99/70 alcanzando las dos conclusiones siguientes:

1ª.- Ciertamente es que la cláusula 4ª tiene por objeto la aplicación del principio de no discriminación a los trabajadores con contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida. No menos verdad resulta que este principio de no discriminación ha sido concretado mediante el Acuerdo Marco en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable, de manera que no cabe su aplicación a las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada. Así, teniendo en cuenta que la discutida modificación del reglamento de bolsas de trabajo temporal afecta a la situación de los candidatos que forman parte de esa bolsa de contratación temporal frente a otros candidatos que también forman parte de la misma bolsa, no se efectúa ninguna comparación entre trabajadores temporales y trabajadores indefinidos, de modo que la citada cláusula 4ª no resulta de aplicación. Y ello porque las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de trabajadores con contratos de duración determinada no están incluidas en el ámbito objetivo del principio de no discriminación consagrado por el Acuerdo Marco, razón por la cual la novación cuestionada no vulnera el principio de no discriminación recogido en la cláusula 4ª de la Directiva 99/70.

2ª.- La cláusula 5ª asigna a los Estados miembros una meta general, consistente en la prevención de los abusos a la contratación temporal dejando sin embargo libertad para la elección de los medios para alcanzarlo, siempre que no pongan en peligro el objetivo o la efectividad de este Acuerdo Marco, es decir, ha de tratarse de medidas eficaces, proporcionadas y disuasorias para prevenir posibles abusos. Es más, cuando se haya producido una utilización abusiva de sucesivas relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna sanción de dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción, de suerte que entre los canales reparadores eficaces se halla la facultad de los Estados miembros de transformar las relaciones laborales de duración determinada en relaciones laborales por tiempo indefinido (*rectius*, indefinido no fijo en el sector público).

Aplicando esta doctrina al caso concreto, el Tribunal Supremo considera que la modificación discutida priva de eficacia, en la práctica, al art. 15 del ET, que establece duraciones máximas de los contratos de duración determinada en cumplimiento de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70, pues impide que los trabajadores temporales, contratados por VAERSA de conformidad con la normativa reguladora de las citadas bolsas, puedan alcanzar la duración temporal exigida por la normativa laboral para adquirir la condición de indefinidos no fijos, perpetuando su peor cualidad de trabajadores por tiempo determinado. Estos trabajadores se ven privados (aun cuando sea temporalmente) de su derecho al trabajo puesto que precisamente dejan de ser contratados para impedir que puedan reunir el lapso temporal suficiente que les permitiera pasar de una situación de temporalidad a otra más estable. Se confirma, por tanto, la Sentencia recurrida, que había declarado la nulidad de la modificación introducida en la bolsa de trabajo relativa a la situación de “no disponible temporal”.

VII. Parte dispositiva

La Sentencia del Tribunal Supremo objeto de comentario desestima los recursos de casación clásica interpuestos por la empresa pública VAERSA y el sindicato

CC.OO, confirmando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 518/2022, de 15 de febrero, que había declarado la nulidad de la modificación introducida en la normativa reguladora de las bolsas de trabajo en virtud de la cual si el llamamiento de un candidato supone que ese trabajador pueda superar el límite temporal para que deje de ser un trabajador con un contrato de duración determinada, dicho candidato pasa a estar en situación de “no disponible temporal” hasta que transcurran seis meses. No se realiza pronunciamiento sobre costas al tratarse de un procedimiento de conflicto colectivo.

VIII. Pasajes decisivos

El Tribunal Supremo toma como punto de partida el razonamiento vertido por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 15 de febrero de 2022, que considera que la modificación impugnada del reglamento regulador de las bolsas de trabajo de la empresa VAERSA vulnera los derechos de los trabajadores temporales. Para llegar a tal conclusión el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana invoca el principio de no discriminación de los trabajadores temporales frente a los indefinidos recogido en la Directiva 99/70, que busca garantizar “la mejora de la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el principio de no discriminación”. Al tiempo, hace hincapié en la necesidad de que la Administración pública adopte medidas para prevenir los abusos de la contratación temporal, de manera que la medida litigiosa no es ajustada a derecho “puesto que no evita la irregularidad de la contratación temporal sino que la perpetúa atentando contra el espíritu de salvaguarda de los derechos y el principio de no discriminación de las personas trabajadoras temporales”. En lugar de “otorgar garantías a los trabajadores temporales, ... (les) imputa las consecuencias del incumplimiento legal de los plazos de temporalidad mediante un no llamamiento a la bolsa”.

Bajo tales premisas, el Alto Tribunal analiza el contenido de las cláusulas 4ª y 5ª de la Directiva 99/70.

Así, en relación con la primera, recuerda varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en concreto la sentencia de 21 de noviembre de 2018, asunto C-619/2017 (De Diego Porras II), cuya doctrina deja claro que “el Acuerdo Marco, y concretamente su cláusula 4ª, tiene por objeto la aplicación del principio de no discriminación a los trabajadores con contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida”, idea reforzada por la sentencia de 5 de junio de 2018, asunto C-677/16 (M.M.), que añade que “el principio de no discriminación, del que la cláusula 4ª, apartado 1, del Acuerdo Marco es una expresión concreta, exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado”, sin olvidar tampoco que “la cláusula 4ª debe entenderse en el sentido de que expresa un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva”.

Ahora bien, este principio de no discriminación ha sido concretado mediante el Acuerdo Marco en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable, tal y como ha reconocido el Tribunal de Justicia en las sentencias de 5 de junio de 2018, asunto C-677/16 (M.M.), 13 de enero de 2021, asunto C-282/19 (MIUR y Ufficio Scolastico Regionale per la Campania), o 15 de diciembre de 2022, asuntos acumulados 40/2020 y 173/2020. En concreto, este último pronunciamiento alcanza la siguiente conclusión: “dado que el principio de no discriminación se ha aplicado y se ha concretado mediante el Acuerdo Marco únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contrato por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable, las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada no están

incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo Marco”.

A la luz de tal planteamiento, el Tribunal Supremo argumenta que la discutida modificación del reglamento de bolsas de trabajo temporal afecta a la situación de los candidatos que forman parte de esa bolsa de contratación temporal frente a otros candidatos que también forman parte de la misma bolsa, razón por la cual no se efectúa ninguna comparación entre trabajadores temporales y trabajadores indefinidos. Teniendo en cuenta que las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de trabajadores con contratos de duración determinada no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por el Acuerdo Marco, la modificación cuestionada no vulnera el principio de no discriminación recogido en la cláusula 4ª del Acuerdo Marco.

Por otra parte, en lo que se refiere a la cláusula 5ª de la Directiva 99/70, el Tribunal Supremo trae a colación la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024, asunto C- 59/2022, en virtud de la cual se señala “que la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, que tiene por objeto alcanzar uno de los objetivos perseguidos por este, a saber, establecer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, impone a los Estados miembros, en su apartado 1, la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes. Las tres medidas enumeradas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula 5ª se refieren, respectivamente, a razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de esos sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales y al número de sus renovaciones”. Esta sentencia del Tribunal de Justicia recuerda que los Estados miembros disponen a este respecto “de un margen de apreciación, ya que tienen la opción de recurrir a una o varias de las medidas enunciadas en la cláusula 5ª, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco o incluso a medidas legales existentes equivalentes, y ello teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores o categorías de trabajadores, (de modo que) la cláusula 5ª, apartado 1, del Acuerdo Marco asigna a los Estados miembros un objetivo general, consistente en la prevención de tales abusos, dejándoles sin embargo la elección de los medios para alcanzarlo, siempre que no pongan en peligro el objetivo o la efectividad de este Acuerdo Marco”. Este pronunciamiento también indica que conforme al apartado 2 de la cláusula 5ª, “entre las medidas que permiten prevenir la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada se halla la facultad de los Estados miembros de transformar las relaciones laborales de duración determinada en relaciones laborales por tiempo indefinido, al ser la estabilidad laboral que ofrecen estas últimas el principal factor de protección de los trabajadores, (de manera que) corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas proporcionadas, eficaces y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que pueden prever, a tal fin, la conversión de contratos de duración determinada en contratos por tiempo indefinido. Es más, cuando se haya producido una utilización abusiva de sucesivas relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción”.

En fin, el Tribunal Supremo recuerda también que el “principio de interpretación conforme” implica que “al aplicar el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su párrafo tercero”, tal y como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de junio de 2015, C-671/13, y Sentencia del Tribunal Supremo 1083/2020, de 3 de diciembre (rec. 87/2019) y 471/2024, de 13 de marzo (rec. 53/2022).

Además, el Tribunal Supremo entra a valorar si la disposición adicional 17ª EBEP es de aplicación o no a una empresa pública, entendiendo que la sentencia de instancia en ningún momento advierte que la citada disposición adicional se aplique a la presente litis. Solamente la cita a modo de ejemplo dentro de las medidas creadas por la normativa aprobada en el año 2021 para cumplir los objetivos de disminuir la temporalidad no solo evitando la irregularidad de la contratación temporal, sino manteniendo las garantías de los trabajadores temporales. En este sentido meramente incidental, la sentencia recurrida no solo se refiere al mecanismo indemnizatorio previsto en la disposición adicional 17ª del EBEP, sino que también hace referencia a la reforma del art. 15 del ET operada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, cuyo punto 4 recoge que las personas contratadas incumpliendo lo establecido en dicho precepto adquirirán la condición de fijas.

Aplicando todo este razonamiento al caso concreto, el Tribunal Supremo concluye, al igual que lo hizo el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que la modificación discutida del reglamento regulador de las bolsas de trabajo priva de eficacia, en la práctica, al art. 15 del ET, que establece duraciones máximas de los contratos de duración determinada en cumplimiento de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70, pues impide que los trabajadores temporales contratados por VAERSA, de conformidad con la normativa reguladora de las citadas bolsas, puedan alcanzar la duración temporal exigida por la normativa laboral para adquirir la condición de indefinidos no fijos, perpetuando su peor cualidad de trabajadores por tiempo determinado. Tal novación resulta, por ende, nula.

IX. Comentario

Las bolsas de trabajo permiten la incorporación de personal temporal a través de un procedimiento ágil, pues la elección del candidato entre los posibles aspirantes se lleva a cabo en función de un determinado orden de prelación en el momento de surgir la necesidad de ocupar un puesto de trabajo concreto. El conflicto analizado en la sentencia objeto de comentario surge de la modificación incorporada, el 17 de diciembre de 2021, en el reglamento regulador de las bolsas de trabajo de una empresa pública, en virtud de la cual si el llamamiento de un candidato de la bolsa supone que ese trabajador pueda superar el límite temporal para que deje de ser un trabajador con un contrato de duración determinada, dicho candidato pasa a estar en situación de no disponible temporal hasta que transcurran seis meses.

Esta novación impide, tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo, que los trabajadores de las bolsas de trabajo temporal adquieran la condición de indefinidos no fijos de esa empresa pública por aplicación del art. 15.5 ET, en virtud del cual los trabajadores por tiempo determinado adquieren la condición de fijos cuando superan determinados límites temporales.

A este respecto, cabe recordar que las consecuencias reparadoras de los abusos en la contratación temporal en el sector público han dado pie a un abundantísimo corpus de doctrina judicial que da muestras de un desajuste disfuncional entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral, pues, de aplicar el ordenamiento social en toda su extensión, la utilización fraudulenta o irregular significaría la conversión del contrato en indefinido, lo cual parece chocar con las exigencias derivadas de los principios de igualdad, mérito y capacidad, para cuya satisfacción se prevén pruebas selectivas objetivas de acceso; de determinar, por el contrario, la nulidad contractual, quedan a salvo los citados parámetros constitucionales, pero se sanciona la irregularidad en beneficio del empleador infractor. La solución no ha sido fácil, y así lo muestra una evolución, que tarda en adoptar una posición definitiva, fluctúa, se contradice o corrige, estableciendo, al final, una extraña distinción entre trabajadores fijos (quienes han superado las pruebas objetivas de selección) e indefinidos no fijos (convertidos en tales precisamente por irregularidades), quedando obligada la Administración a adoptar las medidas precisas para la cobertura definitiva de la plaza o para su amortización, causas lícitas de extinción del contrato indefinido no fijo con la pertinente indemnización de veinte días de salario por año de servicio.

Así pues, el resultado final de esta evolución jurisprudencial ha sido la creación, de hecho, de una nueva figura contractual específica para la Administración, bajo la denominación de indefinido no fija, recogida ahora de forma expresa en el párrafo segundo del art. 11.1 EBEP. Esta categoría ha crecido exponencialmente en los últimos años, pues da cobertura a todos los supuestos en los que de alguna manera se detectan irregularidades graves en la contratación temporal o se actúa en fraude de ley, pudiendo mencionar, como ejemplos más significativos los siguientes: antes de la reforma de 2021, la concatenación de vínculos temporales por un período superior a 24 meses dentro de uno de 30 meses (ahora 18 meses dentro de 24 meses) o la prolongación de los nexos temporales legales más allá de los tres años en los derogados contratos por obra [SSTS, Social, 3 diciembre 2013 (rec. 816/13) y 22 julio 2015 (rec. 1380/12)]; la proliferación de becas sin fin formativo [STS, Social, 22 noviembre 2005 (rec. 4752/2004)]; la concertación de falsos contratos administrativos de servicios de ley con personas físicas o sociedades unipersonales (art. 308.2 Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público); el recurso indebido a los servicios de una empresa de trabajo temporal fuera de los supuestos legalmente autorizados (arts. 6, 8 y disposición adicional 4ª Ley 14/1994) y las cesiones ilegales [SSTS, Social, 23 noviembre 2016 (rec. 91/16) y 21 febrero 2017 (rec. 2720/15)]; las interinidades por vacante que han desbordado el lapso previsto en el art. 70.1 EBEP, en virtud del cual “en todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años” [SSTS, Social, 10 y 14 octubre 2014 (rec. 723/2013 y 711/2013)]; la utilización de perceptores por desempleo para la realización de trabajos temporales de colaboración social cuando dicha posibilidad no respete la normativa aplicable [SSTS, Social, 27 diciembre 2013 (rec. 217/2012, 2798/2012 y 3214/2012)]; o, incluso, los rescates o reasunción de servicios públicos, si bien la Ley de Presupuestos 3/2017 excluye, con vigencia indefinida, de la condición de empleados públicos a todos los que provengan de la reversión de servicios públicos tras procesos de subrogación laboral sin negar la aplicación de las “previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral” (disposición adicional 26ª), disposición declarada inconstitucional [STCo 122/2018].

Además, la cualidad de indefinido no fijo, pese a que carece de un régimen jurídico específico al ser considerada como la consecuencia preventiva y reparadora de los perjuicios derivados de una contratación temporal irregular, ha venido acompañada del reconocimiento en vía judicial de una serie de derechos, a saber: el complemento de antigüedad [SSTS, Social, 4 mayo 2009 (rec. 1631/2008), 8 julio 2009 (rec. 2632/2008) y 20 septiembre 2016 (núm. 756/2016)], la equiparación retributiva [STS, Social, 9 diciembre 2009 (rec. 339/09) y 17 marzo 2015 (rec. 381/2014)], la movilidad geográfica [STS, Social, 21 julio 2016 (rec. 134/2015), también, SAN, Social, 2 enero 2015 (proc. 276/2014)], el disfrute de una excedencia voluntaria [STS, Social, 11 julio 2023 (rec. 2153/2023)], el desarrollo profesional, promoción y reclasificación [SSTS, Social, 21 julio 2016 (rec. 134/2015) y 2 abril 2018 (rec. 27/2017), igualmente, STS, Cont-Admto, 29 octubre 2019 (rec. 2237/2017)], así como la participación en un plan de evaluación docente acompañado del incentivo económico [ATJUE de 21 de septiembre de 2016, asunto C-631/15].

Teniendo en cuenta estas circunstancias, no cabe sino concluir que en tanto en cuanto la modificación incorporada en el reglamento regulador de las bolsas de trabajo veta la posibilidad de conversión del vínculo en indefinido no fijo y de todos los derechos inherentes, vulnera lo previsto en la cláusula 5ª Directiva 99/70, debiendo ser considerada nula.

Al hilo de este acertado pronunciamiento del Tribunal Supremo, cabe dar un paso más para valorar si la figura del indefinido no fijo puede ser también contraria a los objetivos de la Directiva 1999/70 al tratarse una medida que podría no ser apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción tal y como exige la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, no en vano la mentada figura del indefinido no fijo puede extinguirse por la cobertura reglamentaria de la plaza por otro trabajador sin más requisito que el derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el máximo

de una anualidad. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha puesto de manifiesto este inconveniente en la reciente sentencia de 22 de febrero de 2024, seguida por la sentencia de 13 de mayo de 2024. En apretada síntesis, el Tribunal de Justicia realiza cuatro importantes consideraciones:

1.- La normativa española no garantiza la efectividad del resultado perseguido por el Acuerdo Marco y su cláusula 5ª, la cual exige la adopción de medidas dirigidas a prevenir, y, después, a sancionar los abusos en la utilización de contratos temporales. La garantía constitucional del acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y la finalidad de corregir las irregularidades de la contratación temporal por los organismos públicos, que dieron lugar a la creación jurisprudencial de la contratación indefinida no fija, podían explicar la aplicación de esta modalidad contractual, pero no son “razones objetivas” que justifiquen “la renovación de tales contratos o relaciones laborales”, pues no se han cumplido ni los plazos de las convocatorias públicas, ni esas convocatorias han sido frecuentes.

2.- El pago de una indemnización tasada, de veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, prevista para los trabajadores indefinidos no fijos cuyo contrato se extinga por la cobertura por otra persona de la plaza que venían desempeñando provisionalmente, no es idónea para prevenir los abusos, pues su abono “parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada”.

3.- La cláusula 5ª del Acuerdo Marco no obliga a la conversión en fijos de los contratos indefinidos no fijos, pero apoya tal conversión como mecanismo de estabilidad en el empleo y de protección de los trabajadores y, por ello, como medida que sanciona efectivamente la utilización abusiva de los contratos indefinidos no fijos prorrogados automáticamente. Y ello porque la solución tradicional del indefinido no fijo “podría comprometer el objeto, la finalidad y la efectividad de dicho Acuerdo Marco que persigue evitar los abusos de la temporalidad”.

4.-En fin, el Tribunal de Justicia invita de forma explícita a modificar la doctrina judicial nacional que se opone a la conversión en fijos, afectando a cientos de miles de indefinidos no fijos que por razones temporales u otras no han podido acogerse a los procesos legales excepcionales de estabilización del empleo temporal o no han podido hacerlo con el resultado de obtención de la plaza que venían desempeñando temporalmente.

Ante tan incierto panorama, es pertinente conseguir, a través de la oportuna intervención urgente del legislador, un adecuado equilibrio entre el efecto útil de la mencionada Directiva 1999/70 y el aseguramiento de los aludidos parámetros constitucionales de mérito y capacidad, sin perjuicio de las reparaciones *uti singuli*, por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración o de las indemnizaciones pertinentes, de aquellos casos concretos donde la concatenación de la temporalidad desborda cualquier lógica o regla de sentido común.

X. Apunte final

Cierto es, tal y como concluye la sentencia objeto de comentario, que el veto sufrido por una persona con derecho preferente en una bolsa de trabajo para ser contratado por la Administración bajo la inconsistente justificación de la posible conversión de su vínculo en indefinido no fijo por la superación de los plazos máximos de contratación temporal, merece la calificación de nulo. No menos verdad resulta que este nuevo supuesto de irregularidad en la contratación temporal avala la necesidad de introducir las pertinentes reformas normativas *ad futurum* poniendo el celo necesario en el diseño legal de un sistema de empleo público profesional acompañado convocatorias de acceso bajo los parámetros de estabilidad y de estricta observancia de los principios de mérito y capacidad con el fin de dotar de los efectivos suficientes para dar cobertura a la prestación de los servicios públicos correspondientes con garantías de calidad.

§ 76 Los acuerdos individuales sobre trabajo a distancia y sus límites intrínsecos en el Derecho interno y comunitario.

José Luis Monereo Pérez

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

Resumen: *Conflicto colectivo. Acuerdos individuales sobre trabajo a distancia suscritos entre Abai Business Solutions SAU y sus trabajadores. El debate casacional se refiere a los acuerdos individuales sobre trabajo a distancia (el anexo relativo al teletrabajo del contrato de trabajo) suscritos entre la empresa demandada Abai Business Solutions SAU (en adelante Abai) y varios de sus trabajadores. Nulidad de las siguientes cláusulas: contestación de la empresa a la petición del trabajador de vuelta al trabajo presencial informando de la aceptación en atención a sus posibilidades y determinación del tiempo de teletrabajo por el responsable jerárquico en atención a las necesidades del departamento. El tiempo que el teletrabajador no puede prestar servicios por avería o incidencia es tiempo de trabajo. Los contratos de trabajo a distancia deben contener la determinación del porcentaje y distribución entre trabajo presencial y a distancia. El orden social es competente para conocer de la pretensión de que se condene al empresario a entregar a la representación legal de los trabajadores una copia de los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y sus actualizaciones.*

Palabras clave: *Trabajo a distancia. Organización científica digitalizada del trabajo. Acuerdos individuales sobre Trabajo a distancia. Teletrabajo. Voluntariedad. Tiempo de trabajo. Porcentaje y distribución entre trabajo presencial y a distancia. Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo.*

Abstract: *Collective dispute. Individual agreements on telecommuting signed between Abai Business Solutions SAU and its employees. The debate in the case refers to the individual agreements on telecommuting (the annex relating to teleworking of the employment contract) signed between the defendant company Abai Business Solutions SAU (hereinafter Abai) and several of its workers. Nullity of the following clauses: reply of the company to the request of the worker to return to work in person informing of the acceptance in attention to its possibilities and determination of the teleworking time by the hierarchical responsible in attention to the needs of the department. The time that the teleworker can not provide services due to breakdown or incident is working time. The contracts of remote work must contain the determination of the percentage and distribution between face-to-face and remote work. The social order is competent to know the pretension that the employer is condemned to deliver to the legal representation of the workers a copy of the agreements of remote work that are carried out and their updates.*

Keywords: *Telecommuting. Digitized scientific organization of work. Individual agreements on telecommuting. Telework. Voluntariness. Working time. Percentage and distribution between face-to-face and telecommuting. European Framework Agreement on Telework.*

I. Introducción

En la STS 959/2024, de 26 de junio, se analiza el recurso de casación clásica interpuesto por el Letrado D. Santiago Satué González, en nombre y representación de la mercantil Abai Business Solutions SAU contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 117/2022, en fecha 12 de septiembre, procedimiento 204/2022, en actuaciones seguidas en virtud de demanda sobre conflicto colectivo a instancia del Sindicato Confederación General del Trabajo (CGT), a la que se adhirió la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CCOO) y la Federación de la Banca, Ahorro, Seguros y Oficinas de la Confederación Intersindical Galega (CIG) contra Abai Business Solutions SAU, la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (UGT), la Unión Sindical Obrera (USO), la Organización Sindical de Trabajadores de Aragón (OSTA) y el Sindicato Obrero Aragonés (SOA).

Ha comparecido en concepto de parte recurrida la Confederación General del Trabajo (CGT) representada y asistida por el Letrado D. José María Trillo-Figueroa Calvo y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CCOO), representada y defendida por el Letrado D. David Chaves Pastor.

La controversia jurídica casacional hace referencia a validez jurídica de los acuerdos individuales sobre trabajo a distancia (el anexo relativo al teletrabajo del contrato de trabajo) suscritos entre la empresa demandada Abai Business Solutions SAU (en adelante Abai) y varios de sus trabajadores. La controversia versa sobre la posible nulidad de un conjunto de cláusulas contractuales.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 959/2024, de 26 de junio.

Tipo y número recurso: Recurso de casación ordinaria núm. 9/2023.

ECLI:ES:TS: 2024:3715

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Los hechos determinantes en esta litis son: a) El 10 de noviembre de 2021 los sindicatos UGT, OSTA y USO, que entre todos ostentan una representatividad del 18%, suscribieron con Abai un acuerdo denominado: "Propuesta para la regulación de teletrabajo". b) Dicho acuerdo sirvió de base para la suscripción por Abai con los trabajadores que voluntariamente aceptaron los documentos denominados "anexo teletrabajo al contrato de trabajo", sobre los que versa el presente recurso de casación. c) El referido "anexo teletrabajo al contrato de trabajo" obra en el descriptor 27 de los autos de instancia, cuyo contenido se da por reproducido.

IV. Posición de las partes

La parte social: cuestiona, básicamente, la legalidad de varias cláusulas de los Acuerdos individuales sobre trabajo a distancia suscritos entre Abai Business Solutions SAU y sus trabajadores.

La parte empresarial (Abai Business Solutions SAU): entiende, básicamente, que dichos Acuerdos individuales son legítimos al amparo de la normativa vigente y de la misma "Propuesta para la regulación de teletrabajo".

V. Normativa aplicable al caso

-Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, suscrito por los interlocutores sociales europeos en julio de 2002 y revisado en 2009.

-Artículo 2.1 de la Directiva 2003/88 en lo que se refiere al tiempo de trabajo.

-Artículos 5.3, 6.2, 7.d) y 8.1 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de Trabajo a distancia (LTD).

-Artículos 3.1, 1281 y 1256 del Código Civil.

-Artículo 64.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

-Artículo 207 y 235.2 de la LRJS.

-Artículos 21 y 25 de la LOPJ.

-"Propuesta para la regulación de teletrabajo", Acuerdo colectivo suscrito por los sindicatos UGT, OSTA y USO, que entre todos ostentan una representatividad del 18%, con Abai Business Solutions SAU (en adelante Abai).

VI. Doctrina básica

El debate casacional se refiere a los acuerdos *individuales* sobre trabajo a distancia (el anexo relativo al teletrabajo del contrato de trabajo) suscritos entre la empresa demandada Abai Business Solutions SAU (Abai) y varios de sus trabajadores.

1º. El art. 1256 del Código Civil dispone: "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". El art. 5.3 de la LTD establece: "La decisión de trabajar a distancia desde una modalidad de trabajo presencial será reversible para la empresa y la persona trabajadora. El ejercicio de esta reversibilidad podrá ejercerse en los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en los fijados en el acuerdo de trabajo a distancia al que se refiere el artículo 7". La cláusula 8 diferencia entre la reversión al trabajo presencial a instancia de la empresa y del trabajador: a) Cuando la reversión se realiza en interés de la empresa, la cláusula 8 enumera una pluralidad de supuestos que la justifican: razones organizativas, productivas o tecnológicas; adaptación a nuevas circunstancias externas derivadas de la relación con el cliente, cambio de actividad de la persona trabajadora, cambio de puesto de trabajo... b) Por el contrario, cuando la reversión la solicita el trabajador la cláusula 8 establece que el empleador le informará de la aceptación de la solicitud "en atención a sus posibilidades". *Dicha cláusula supone que la reversión solicitada por el trabajador está condicionada a la decisión discrecional del empresario*, lo que vulnera el art. 1256 del CC. Por consiguiente, procede confirmarla sentencia de instancia, que declaró la nulidad de ese inciso.

2º. El inciso discutido de la cláusula 6 *no garantiza el acuerdo de voluntades entre el trabajador y la empresa en relación con el porcentaje y distribución entre el trabajo presencial y a distancia, que forma parte del contenido mínimo del acuerdo de teletrabajo* (arts. 5, 6 y 7 de la LTD). El resto del contenido de la cláusula 6 no avala los argumentos de la empresa sino todo lo contrario puesto que, ni en esa cláusula, ni en el anexo en su integridad, se recoge la posibilidad de acuerdo entre las partes interesadas sobre este punto, sino que se atribuye tal facultad en exclusiva al

responsable jerárquico en atención a las necesidades del departamento. Por lo tanto, el recurso de debe ser desestimado en este punto.

3º. La sentencia del TS 229/2019, de 19 de marzo (rec. 30/2018) resolvió un supuesto en donde se discutía si la asistencia del personal comercial a eventos calificados como "actividades comerciales fuera de jornada" formaban parte del tiempo de trabajo. En ella argumentamos: "el tiempo de descanso es definido por oposición, como "todo período que no sea tiempo de trabajo" (art. 2.2 de la Directiva); de ahí que el Tribunal de Justicia de la Unión haya calificado como tiempo de trabajo cualquiera que se destine a estar a disposición del empresario, sin tener en cuenta la intensidad de la actividad desempeñada durante el mismo (STJUE de 3 octubre 2000, SIMAP; 9 septiembre 2003, Jaeger; y 1 diciembre 2005, Dellas, C-14/04 ; entre otras)". El período de tiempo en el que los trabajadores a distancia no pueden prestar servicios por averías u otras incidencias similares no puede ser calificado de tiempo de descanso puesto el trabajador, durante el referido tiempo, no puede disfrutar de la posibilidad efectiva de apartarse de su entorno laboral y disponer libremente del mismo para su ocio. Por lo tanto, necesariamente tiene que ser tiempo de trabajo. Si no se puede prestar servicios por causas no imputables al trabajador éstos no pierden su derecho a la correspondiente remuneración. Por lo tanto, el recurso debe ser desestimado en este punto.

4º. El art. 6 de la LTD contempla como obligaciones formales que "el acuerdo de trabajo a distancia deberá realizarse por escrito." Este acuerdo podrá "estar incorporado al contrato de trabajo inicial o realizarse en un momento posterior, pero en todo caso deberá formalizarse antes de que se inicie el trabajo a distancia". Esta previsión se complementa con los artículos 7 y 8 de la LTD a los que antes hicimos referencia. El art. 7 establece como *contenido "mínimo obligatorio"* [...] d) Porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso." Por su parte, el art. 8 de la LTD impone que la "[l]a modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia, incluido el porcentaje de presencialidad^[1], deberá ser objeto de acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, formalizándose por escrito con carácter previo a su aplicación". Esta normativa está en línea con la previsión contenida en las Directivas consistente en que los Estados miembros velen por la obligación del empresario de informar a los trabajadores de los elementos esenciales de su relación laboral: art. 2 de la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, derogada el 1 de agosto de 2022; y art. 4 de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas *condiciones laborales transparentes y previsibles* en la Unión Europea.

A la vista de lo hasta ahora expuesto debemos concluir que la sentencia de instancia resuelve de forma ajustada a derecho puesto que solo se cumple tal deber de informar sobre el extremo litigioso cuando se cumplen los dos requisitos concurrentes de tiempo y forma, esto es: a) Concretando de forma clara y precisa, el porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia. b) Formalizándolo antes de que se inicie el trabajo a distancia. La mención recogida en la cláusula 6 en el sentido de que las partes "se propone alcanzar un 70%" no cumple con el parámetro de claridad y precisión, sin que el resto de cláusula 6 (en lo que se refiere a la posibilidad del trabajador de comprobar los cuadrantes mensuales) permita entender que existe la debida concreción. Tal concreción tampoco se desprende de la disposición adicional primera de la LTD. El art. 3 del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el art. 8.5 ET en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo (en consonancia con el art. 2 de la Directiva 91/533/ CEE y el art 4 de la Directiva 2019/1152) dispone que la información de ciertos extremos de la relación laboral "puedan derivarse de una referencia a las disposiciones legales o reglamentarias o a los convenios colectivos de aplicación que regulen dichos extremos, siempre que tal referencia sea precisa y concreta para permitir al trabajador el acceso a la información correspondiente". El art. 7 de la LTD no contempla una previsión similar, como tampoco lo hace la disposición

adicional 1ª de la LTD, cuyo contenido es a efectos de fijar pautas de contenido posible en el ámbito de la negociación colectiva, pero no a efectos de cumplir el deber de información del empresario para con cada uno de los trabajadores, que es lo que se está discutiendo en este punto del recurso. En todo caso, tampoco se cumpliría el requisito temporal antes citado ya que la recurrente no invoca la existencia de ningún convenio o acuerdo colectivo en el que se hubiera fijado dicho porcentaje de trabajo a distancia y de presencialidad con anterioridad a que los trabajadores de Abai que suscribieron los acuerdos de teletrabajo hubieran comenzado a trabajar. Por lo tanto, este motivo de recurso también se rechaza.

5º. La parte recurrente sostiene que la competencia relativa a los derechos de información del art. 64 ET es de la autoridad administrativa y no de la jurisdicción social. En realidad, la recurrente en este punto no está formulando una cuestión relativa a la infracción de normas del ordenamiento jurídico, ni de la jurisprudencia, sino que alega la falta de jurisdicción de los órganos judiciales encuadrable en el apartado a) del art. 207 LRJS (abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción)^[2]. No podemos apreciar una falta de jurisdicción para resolver sobre esta concreta pretensión, siendo competentes los órganos jurisdiccionales, en concreto los de la jurisdicción social, para el conocimiento de las pretensiones formuladas por la parte actora, por disponerlo así los arts. 1 y 2 de la LRJS. Por lo tanto, este motivo también se rechaza.

VII. Parte dispositiva

Las precedentes consideraciones obligan, de conformidad con el Ministerio Fiscal, desestimar el recurso de casación clásica formulado por Abai Business Solutions SAU y confirmar la sentencia recurrida.

Sin condena al pago de costas al tratarse de un conflicto colectivo (art. 235.2 de la LRJS). Se acuerda la pérdida del depósito para recurrir (art. 217 LRJS). Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: 1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Abai Business Solutions SAU. 2.- Confirmar la sentencia de la Audiencia Nacional 117/2022, de 12 de septiembre (procedimiento 204/2022). 3.- Sin condena al pago de las costas. Se acuerda la pérdida del depósito para recurrir.

VIII. Pasajes decisivos

Véase el apartado VI (“Doctrina básica”).

IX. Comentario

El trabajo a distancia exige –al igual que otras formas de trabajar con peculiaridades jurídicamente relevantes– un cierto cambio de los modos de organización y tutela dispensados tradicionalmente al trabajo subordinado, tanto más cuando se trata de una forma de trabajo que goza de un alto nivel de generalización y se convierte en una realidad social de gran relevancia para la política del Derecho del Trabajo. Es innegable que, en la modalidad de teletrabajo, siendo éste un trabajo dependiente o subordinado remite, sin embargo, a una *relación laboral con peculiaridades* importantes que determinan ya desde la regulación legal *adaptaciones significativas* del régimen jurídico general aplicable al trabajo asalariado clásico^[3]. Ya en sí resulta harto significativo que en la Exposición de Motivos de la LTD se deje constancia de que el art. 13 ET resulta insuficiente para aplicarlo a las peculiaridades del teletrabajo, porque requiere no solo de una prestación laboral que se desarrolle preferentemente fuera de los locales de la empresa, sino también de un uso intensivo de las nuevas tecnologías informáticas y de la comunicación. La normalización de esta forma de trabajar en el marco de una organización científica del trabajo digitalizada exige la predisposición de dispositivos normativos que garanticen un trabajo formal capaz de preservar el sistema de garantías protectoras de la persona que trabaja en una relación asimétrica de poder, a la par que se satisfaga las exigencias de funcionamiento de la organización productiva en que se inserta.

El contrato de trabajo y sus elementos tipológicos siempre han estado en evolución: es un Derecho dinámico -como es el Derecho del Trabajo- marcado por la impronta de la historicidad y el cambio en la división social del trabajo y en las formas de trabajar. Predispuesto para una adaptación flexible de los tipos contractuales que son instrumentales para alcanzar los fines (vinculados ya a los derechos de ciudadanía que forman parte del componente estatutario de la relación jurídico-laboral) y equilibrios inherentes (de intereses y poder) que trata de perseguir y evitar la petrificación de ordenación jurídica de aquella realidad cambiante. En tal sentido la noción de subordinación como concepto jurídico de *textura abierta y categoría válvula adaptada a la función* instituida por el ordenamiento jurídico ha mostrado una cierta capacidad de flexibilidad y modelar la realidad -sin perder su perfil existencial y distintivo del trabajo autónomo, sin perjuicio de las inevitables "zonas grises"-; y para captar las nuevas realidades del trabajo dependiente en la coexistencia y desplazamiento del fordismo al postfordismo. Y lo ha hecho asumiendo ese criterio funcional admitiendo la pluralidad y heterogeneidad del tipo contractual (diversidad tipológica) ante una constante metamorfosis del trabajo^[4]. Es decir, el Derecho del Trabajo ha tratado de gobernar la incidencia de la transformación de las fuerzas productivas (entre ellas las nuevas tecnologías) en los modos de organización del trabajo (como es el caso del teletrabajo) en la búsqueda de un equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los poderes sindicales y, asimismo, tratando de evitar que el reforzamiento de los poderes empresariales que conlleva el uso de las nuevas tecnologías (reapropiadas por el empleador como fuerza productiva al servicio de la racionalización productiva) suponga una merma en el ejercicio de los derechos generales y específicos individuales de las personas que trabajan en el ámbito del mercado de trabajo y de la empresa, sobre todo teniendo en cuenta la relación asimétrica -fáctica y jurídica- de poder existente entre el empleador y el trabajador subordinado, que se encuentra subordinado al círculo rector y disciplinario de aquél (paradigmáticamente, artículos 1 y 20, por un lado, y por otro, los artículos 20bis y 64.4.d) del ET).

Uno de los objetivos de LTD es proporcionar una regulación básica de alcance general que contemple tres aspectos mínimos que ya aparecen recogidos en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo^[5], en el acervo comunitario -entre otras, directivas sobre condiciones mínimas de seguridad y salud, sobre tiempo de trabajo y previsibilidad y transparencia en las condiciones de trabajo- o en el ordenamiento estatutario que es el marco personal y material en el que se desarrolla. Respecto a las condiciones de trabajo, precisamente por las peculiaridades del trabajo a distancia, destaca la necesidad de que elementos como "la organización del tiempo de trabajo, incluidas la flexibilidad, los periodos de disponibilidad y el adecuado registro, la vinculación necesaria a un centro de trabajo, etc., son condiciones esenciales que deben figurar de manera expresa sin perjuicio de la legislación estatutaria y de los convenios colectivos aplicables (Exposición de Motivos de la LTD).

Enmarcado en ese criterio teleológico, el art. 6 de la LTD contempla como obligaciones formales que "el acuerdo de trabajo a distancia deberá realizarse por escrito." Este acuerdo podrá "estar incorporado al contrato de trabajo inicial o realizarse en un momento posterior, pero en todo caso deberá formalizarse antes de que se inicie el trabajo a distancia". Esta previsión se complementa con los artículos 7 y 8 de la LTD a los que antes hicimos referencia. El art. 7 establece dentro de su contenido "mínimo obligatorio: determinar el "Porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso." [(apartado d)]. Por su parte, el art. 8 de la LTD impone que la "modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia, incluido el porcentaje de presencialidad, deberá ser objeto [necesariamente] de *acuerdo* entre la empresa y la persona trabajadora, formalizándose por escrito con carácter previo a su aplicación". Esta normativa está en línea con la previsión contenida en las Directivas consistente en que los Estados miembros velen por la obligación del empresario de informar a los trabajadores de los elementos esenciales de su relación laboral: art. 2 de la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación

laboral, derogada el 1 de agosto de 2022; y art. 4 de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

Una importante novedad que recoge la ley objeto de análisis (LTD) es la introducción por la misma del concepto de teletrabajo, vinculándolo a una forma de trabajo a distancia que implica la utilización productiva -exclusiva o predominante- de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Concretamente lo recoge su art. 2, el cual establece qué debe entenderse por trabajo presencial, trabajo a distancia y teletrabajo. Sobre la base de este art. 2, el trabajo a distancia constituye una forma de organizar la labor productiva conforme a la cual la misma se realiza en un lugar pactado por las partes fuera del centro de trabajo o de las instalaciones de la empresa, durante toda o parte de la jornada y con carácter regular. Ello supone, en consecuencia, la separación entre lo que se puede llamar *centro de trabajo organizativo* de pertenencia^[6] y lugar efectivo de prestación, con la problemática que ello genera en todo el desenvolvimiento de la relación de trabajo a distancia. Hay que tomar en consideración que estos trabajadores han sido contratados -originariamente o de manera novatoria sobrevenida durante la vigencia de la relación laboral- *específicamente* para prestar sus servicios en la empresa o centro de trabajo en calidad de teletrabajadores. El centro de trabajo ex art. 1.5 ET -y normas concordantes- es un concepto "iuslaboral" individualizado sobre todo por su cualidad de ser "una unidad técnico-organizativa, una unidad con organización propia y, más precisamente, una unidad de organización específica laboral, soporte de una organización técnico-laboral. Este elemento organizativo, de organización técnico laboral específica, parece ser el aspecto más destacado de la unidad productiva ex art.1-5 ET. Es decir, se requiere para ello una mínima autonomía técnico-organizativa mirada bajo el prisma propio iuslaboral. Por otra parte, si se atiende a la "*ratio legis*" (a los fines jurídicos), lo que se persigue con el art.1.5 es la instrumentación funcional de un concepto flexible de centro de trabajo válido a efectos de determinar el ámbito de distintas instituciones jurídico-laborales (colectivas o individuales), para lo cual ha de ser formulado con cierta abstracción y generalidad. Destáquese que "el concepto de centro de trabajo en nuestro ordenamiento jurídico laboral es omnicompreensivo, en el sentido de que comprende todo tipo de unidades productivas susceptibles de ser una unidad autónoma de organización del trabajo. En realidad, el concepto de centro de trabajo contempla los diversos modos de ser de la unidad productiva". Los elementos definitorios del centro de trabajo ex art.1.5 ET son: la unidad productiva; dotada de organización específica; y que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral. De este modo *el centro de trabajo no puede reconducirse, en ningún caso, a un mero lugar de trabajo desprovisto de los elementos mínimos necesarios que del tipo general abstracto*. Estos elementos describen un tipo normativo general y abierto que responde a un paradigma dúctil orientado funcionalmente. El centro de trabajo es así una organización típica a efectos de delimitación del campo de aplicación del Derecho del Trabajo. Se trata del reconocimiento de "un concepto funcional de centro de trabajo a los fines de aplicación de las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores"^[7]. Esto cabe retenerlo, a todos los efectos, respecto al trabajo a distancia en sus dos vertientes (teletrabajo y trabajo domicilio).

En lo referente al teletrabajo, dispone este artículo que el mismo constituye una modalidad del trabajo a distancia en el cual la labor productiva se realiza mediante un uso intensivo, o incluso exclusivo, de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.

En consecuencia, el teletrabajo es un fenómeno vinculado directamente al trabajo a distancia; y que, desde luego, no puede confundirse con el fenómeno de la externalización productiva, cuyo paradigma se encuentra en la subcontratación y otras formas de gestión indirecta de personal laboral. Podríamos decir que el mismo es una manifestación del trabajo a distancia en la era de la digitalización, que en la cual cobran un papel protagonista las nuevas tecnologías. El elemento esencial en todo caso para identificar una prestación laboral como teletrabajo, además de por supuesto el hecho de que se realice fuera de los centros empresariales es que en el mismo

exista una predisposición de un sistema de comunicación telemático o digitalizado, por decirlo en términos más abreviados^[8].

Pese al avance que supone la incorporación expresa de dichas definiciones, y en especial, la definición de teletrabajo, no podemos obviar el tratamiento que posteriormente se le da por parte de la nueva ley a estas modalidades de trabajo^[9], y es que, el análisis detallado de la normativa en su conjunto nos permite afirmar que dicha diferenciación presenta actualmente en la regulación legal del teletrabajo un mero carácter teórico.

La relación de trabajo a distancia presenta unas exigencias de regulación, dadas sus peculiaridades reales, que acaban por reformular y reforzar su estatuto jurídico regulador tanto en la dimensión individual como colectiva/sindical. La realidad subyacente a la sentencia del Tribunal Supremo aquí analizada pone de relieve las singularidades de esta forma de trabajo y su tipología y morfología jurídica. Desde luego este tipo contractual -normalizado como instrumento ordinario en la gestión directa de personal propio en la empresa- tendrá como eje el elemento de la subordinación jurídica, lo que exigirá la introducción de *nuevos componentes estatutarios* (introducidos a través de la heteronomía pública y colectiva) en el esquema contractual, para contrarrestar la posición de debilidad contractual del trabajador y preservar a la persona que trabaja de poderes ilimitados del empleador y garantizarle el disfrute de los derechos fundamentales (tanto generales como los específicos de carácter social, prestacionales y de libertad colectiva/sindical).

Esa preocupa queda refleja, en gran medida, en la excelente y clarificadora sentencia analizada que fija los límites intrínsecos y explícitos del poder de regulación de la autonomía por razones de orden público laboral. En esto es importante subrayar la labor de la jurisprudencia en la fijación de los límites a los poderes privados, buscando un equilibrio satisfactorio en la ponderación de los derechos y bienes jurídicos en juego (vale decir, en conflicto, en este contexto procesal). Estos límites están presentes respecto al tratamiento del trabajo a distancia en la negociación colectiva (Disposición Adicional 1ª de la LTD, sobre "El trabajo a distancia en la negociación colectiva"), la cual es limitada por la ordenación legal y, a su vez, es fuente reguladora y de predisposición de límites al espacio de autonomía contractual de las relaciones individuales de trabajo a distancia^[10].

1º). *Controversias atinentes a las relaciones individuales del trabajo a distancia, que son la mayor parte de las planteadas*

-Contestación de la empresa a la petición del trabajador de vuelta al trabajo presencial informando de la aceptación en atención a sus posibilidades y determinación del tiempo de teletrabajo por el responsable jerárquico en atención a las necesidades del departamento. El Tribunal Supremo, confirmando la sentencia de la Audiencia Nacional 117/2022, de 12 de septiembre (procedimiento 204/2022), estimó la nulidad de dos incisos de las cláusulas 8 y 6 de los acuerdos individuales suscritos. Ello se impone atendiendo a los artículos 5.3 LTD^[11] y 1256 del Código Civil, éste, como se sabe, dispone que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Por lo demás, reténgase siempre, que el trabajo a distancia es voluntario para la persona que trabaja y requiere el acuerdo individual de trabajo a distancia (art. 5.1 LTD), de manera que la modalidad del teletrabajo como modo de trabajar a distancia no puede ser impuesta al trabajador ni siquiera por el cauce causal de las modificaciones sustanciales ex art. 41 ET (STS de 11 de abril de 2005; y STS 949/2024, de 24 de junio, rec. 2023, objeto aquí de análisis).

-El tiempo que el teletrabajador no puede prestar servicios por avería o incidencia es tiempo de trabajo. El Alto Tribunal, confirmando la sentencia de la Audiencia Nacional 117/2022, de 12 de septiembre (procedimiento 204/2022) estimó que constituye tiempo efectivo de trabajo aquel en el que el trabajador no puede prestar servicios por razón de avería o incidencias. La cláusula 6 no garantiza el acuerdo de voluntades entre el trabajador y la empresa en relación con el porcentaje y distribución

entre el trabajo presencial y a distancia, que forma parte del contenido mínimo del acuerdo de teletrabajo, que es lo que se impone en los artículos 5, 6 y 7 de la LTD.

-Sobre sí los contratos de trabajo a distancia deben contener la determinación del porcentaje y distribución entre trabajo presencial y a distancia. El Tribunal Supremo, confirmando la sentencia de la Audiencia Nacional 117/2022, de 12 de septiembre (procedimiento 204/2022) estimó que los referidos acuerdos deben contener en su clausulado la determinación del porcentaje y distribución entre trabajo presencial y a distancia a realizar por el trabajador. El periodo de tiempo en el que los trabajadores a distancia no pueden prestar servicios por averías u otras incidencias similares no puede ser calificado de tiempo de descanso puesto el trabajador, durante el referido tiempo, no puede disfrutar de la posibilidad efectiva de apartarse de su entorno laboral y disponer libremente del mismo para su ocio (art. 2.2 Directiva; STJUE de 3 octubre 2000, SIMAP; 9 septiembre 2003, Jaeger; y 1 diciembre 2005, Dellas, C-14/04; entre otras).

2º). Controversia relativa a la dimensión colectiva/sindical del trabajo a distancia

La controversia se centra sobre la obligación legal de remitir por el empresario a la representación legal de los trabajadores una copia de los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y sus actualizaciones y la jurisdicción competente para sustanciar esta controversia jurídica^[12]. El Alto Tribunal, confirmando el criterio mantenido por sentencia de la Audiencia Nacional 117/2022, de 12 de septiembre (procedimiento 204/2022) estimó que el empresario tiene que entregar a la representación legal de los trabajadores una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y sus actuaciones y ante todo que la jurisdicción social es el ámbito jurisdiccional competente para resolver.

No sin cierta sorpresa, por lo que tiene de evidente en la solución a adoptar, el problema entra en autos como concerniente a asunto de determinación de jurisdicción competente. La parte recurrente sostiene, es, que la competencia relativa a los derechos de información del art. 64 ET es de la autoridad administrativa y no de la jurisdicción social. En realidad, la recurrente en este punto no está formulando una cuestión relativa a la infracción de normas del ordenamiento jurídico, ni de la jurisprudencia, sino que alega la falta de jurisdicción de los órganos judiciales encuadrable en el apartado a) del art. 207 de la LRJS (abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción). Nuestro Alto Tribunal, no puede sino apreciar una competencia de jurisdicción para resolver sobre esta concreta pretensión, siendo competentes los órganos jurisdiccionales, en concreto los de la jurisdicción social, para el conocimiento de las pretensiones formuladas por la parte actora, por disponer así los artículos 1 y 2 de la LRJS. Por lo tanto, este motivo también se rechaza.

Ello no obstante, no resulta baladí tomar en consideración el problema de fondo para destacar la relevancia que presentan los derechos de información en las relaciones de trabajo a distancia, pues esta materia debe ser –y lo es en el Derecho vigente– objeto de ordenación legal en su garantía y de instrumentos efectivamente utilizados por los representantes de los trabajadores para la defensa de los intereses de los trabajadores y como herramienta que autentifique su poder de influencia en las decisiones las decisiones^[13]. “El ordenamiento jurídico viene a configurar la información como un *derecho funcional* atribuido a los órganos de representación de los trabajadores en el doble sentido de permitir, por un lado, el control de la dirección de la empresa (el sistema de participación indirecta mediante representación institucional) y, por otro, como presupuesto necesario para garantizar una efectiva participación democrática de los trabajadores en las organizaciones productivas y, en definitiva, la democratización de las estructuras empresariales”^[14]. En esta dirección se sitúa el deber general de entregar una copia básica de todos los contratos (artículos 64.4.d) y 8.4 ET)^[15]. Esta obligación “no requiere legalmente del consentimiento “ad hoc” del trabajador contratante; la entrega de esta información que le concierne directamente está substraída de su voluntad. Esta substracción se realiza en base a razones de interés público, derivadas en lo esencial de la constatación jurídico-práctica

de que el trabajador de ordinario asume normalmente la condición de contratante más débil, ante lo cual la exigencia del consentimiento previo del trabajador individual supondría en la práctica, por motivaciones obvias, la ineffectividad del deber legal ante la posición de supremacía contractual del empleador”^[16].

En la misma línea de política legislativa el art. 6 LTD (“Obligaciones formales del acuerdo de trabajo a distancia”) que “el acuerdo de trabajo a distancia deberá realizarse por escrito. Este acuerdo podrá estar incorporado al contrato de trabajo inicial o realizarse en un momento posterior, pero en todo caso deberá formalizarse antes de que se inicie el trabajo a distancia. Por otra parte, “la empresa deberá entregar a la representación legal de las personas trabajadoras una *copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones*, excluyendo aquellos datos que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pudieran afectar a la intimidad personal, de conformidad con lo previsto en el artículo 8.4 ET. El tratamiento de la información facilitada estará sometido a los principios y garantías previstos en la normativa aplicable en materia de protección de datos. Esta copia se entregará por la empresa, en un plazo no superior a diez días desde su formalización, a la representación legal de las personas trabajadoras, que la firmarán a efectos de acreditar que se ha producido la entrega. Posteriormente, dicha copia se enviará a la oficina de empleo. Cuando no exista representación legal de las personas trabajadoras también deberá formalizarse copia básica y remitirse a la oficina de empleo”^[17].

X. Apunte final

La STS 959/2024, de 26 de junio (rec. 9/2023), clarifica aspectos importantes del régimen jurídico del trabajo a distancia, en particular del Teletrabajo, convirtiéndose en una herramienta útil para la interpretación adecuada del complejo marco normativo regulador de esta modalidad del trabajo a distancia. Entre otras cuestiones, se deja claro que en nuestro modelo normativo se otorga a los teletrabajadores la misma protección sociolaboral que a los trabajadores que ejercen sus actividades en los locales de la empresa o centro de trabajo. Asimismo, que las peculiaridades de esta forma de trabajar no autorizan a llevar a cabo ninguna medida que menoscabe los derechos y libertades fundamentales de las personas trabajadores que prestan servicios a distancia. Más allá de las peculiaridades y adaptaciones necesarias a esta forma de trabajo, la LTD pretende instrumentar un *estatuto jurídico-laboral uniforme de derechos* [*in fine* artículos 4, 17, 20bis del ET; y art.4 LTD, que garantiza la “igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación”; y Cap. III (“Derechos de las personas trabajadoras a distancia”) de la LTD] para todos los trabajadores de la empresa que realicen su actividad laboral, sea en la sede física del centro de trabajo o instalaciones de la empresa, o sea a distancia, es decir, con carácter no presencial y regular^[18] (“se ejecuta habitualmente fuera de esos locales” de la empresa, dice el Acuerdo Europeo sobre el Teletrabajo)^[19], pero siempre con la presencia de los rasgos tipológicos propios de la relación jurídica de trabajo que se impone deducir de los artículos 1^[20], 8.1 y 13 (éste por remisión a la LTD) del ET y artículos 1 y 2 LTD y normas concordantes.

Referencias:

1. ^ Hay que tener en cuenta que se entiende por Trabajo presencial “aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa” (art. 2.2 LTD).
2. ^ Así lo hemos señalado, entre otras, en sentencia del TS 265/2021, de 3 de marzo (rec. 131/2019) en la que, con cita de precedentes (sentencia del TS de 19 de octubre de 1998, recurso 2154/1998), indicamos que “al amparo del apartado de dicho precepto eran denunciabiles las controversias relativas a las siguientes materias: 1) Los arts. 21 y 25 de la LOPJ: la extensión y límites de la jurisdicción española, regulada con carácter general en el art. 21 de la LOPJ y en relación con el orden jurisdiccional social en el art. 25 de la LOPJ (STS de 7 julio 1997, recurso 206/1997). 2) El conocimiento de cuestiones reservadas a otros órganos jurisdiccionales distintos del social: civil, penal o contencioso-administrativo, bien por exceso o por defecto. 3) La atribución del conocimiento de cuestiones reservadas a la Administración: el conocimiento por el tribunal de asuntos que son competencia de la Administración o de otros órganos constitucionales (exceso en el ejercicio) o la abstención indebida por entender que la competencia le corresponde a la Administración (defecto en el ejercicio). 4) Controversias excluidas de la jurisdicción como las cuestiones arbitrales: el desconocimiento de la existencia de un arbitraje, en virtud de un compromiso de las partes es doble”. Esta cuestión no ha sido planteada con anterioridad, pero ello no impide resolver sobre lo que ahora se plantea ya que se trata de una cuestión de orden público cuya resolución ha de hacerse de oficio.
3. ^ MONEREO PÉREZ, J.L., y LÓPEZ VICO, S.: *El Teletrabajo tras la Pandemia del Covid-19. Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica*, Murcia, Laborum, 2022, pp. 151-161. SALA FRANCO, T. (Dir.): *El teletrabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. Y THIBAUT ARANDA, X. (Dirs.): *El trabajo a distancia con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Madrid, Wolter Kluwer, 2021. MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIerno, F., ESPOSITO, M. Y PERÁN QUESADA, S. (Dirs.): *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Granada, Comares, 2021. MONEREO PÉREZ, J.L. Y PERÁN QUESADA, S. (Dirs.) *Las nuevas formas de trabajo. Retos y oportunidades para la laboralización de las prestaciones profesionales*, Granada, Comares, 2024. MONTES ADALID, G.M.: *Trabajo a distancia, teletrabajo y personas mayores: una aproximación jurídico-laboral*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/ Aranzadi, 2022. DURÁN BERNARDINO, M. (Dir.): *Teletrabajo y conciliación de la vida laboral, familiar y personal en clave de género*, Madrid, Dykinson, 2022. TRILLO PÁRRAGA, F.J.: *Derecho del trabajo digital: trabajo a distancia y teletrabajo*, Albacete, Bomarzo, 2023.
4. ^ Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: “Estudio del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *El Nuevo Estatuto de los Trabajadores*, SERRANO FALCÓN, C. (Coord.), Granada, Comares, 2012, pp. 1-37; *Ibid.*, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1996, espec., Cap. I, pp. 15 y ss. (“El Derecho del Trabajo sin máscara”), y Capítulo II, pp. 64 y ss. (“La edad de la diversidad normativa: el problema

de la unidad del Derecho del Trabajo en la sociedad fragmentada del capitalismo avanzado"); *Ibid.*, "Subordinación y "constitución social" del trabajo en el tercer milenio", en MONEREO PÉREZ, J.L., y PERÁN QUESADA, S. (Dir.): *Las nuevas formas de trabajo. Retos y oportunidades para la laboralización de las prestaciones profesionales*, RUIZ SANTAMARÍA, J.L., MUROS POLO, A. (Coords.), Granada, Comares, 2024, pp. 3-69; *Ibid.*, *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, Capítulo I, pp. 9 y ss.; OJEDA AVILÉS, A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 23 y ss.

5. [^] La Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP), firmaron, ya en el año 2002, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, suscrito por los interlocutores sociales europeos en julio de 2002 y revisado en 2009, a fin de dar más seguridad a los teletrabajadores y las teletrabajadoras por cuenta ajena en la UE. Este Acuerdo Marco entendió esta modalidad del trabajo a distancia como un medio para modernizar la organización del trabajo para las empresas y organizaciones de servicios públicos, y para dar una mayor autonomía en la realización de sus tareas a las personas trabajadoras. <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/teleworking.html>. El Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo (suscrito por el CES, UNICE/UEAPME y CEEP el 16 de julio de 2002), tiene una eficacia obligacional y no normativa. Fue incorporado, en esa condición, por el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva, suscrito con fecha 30 de enero de 2003 (ANC 2003, es su abreviatura), comprometiéndose para promover y desarrollar su adaptación a nuestro sistema de relaciones laborales (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-3826). En el apartado 2 ("Definición y ámbito") del Acuerdo Marco Europeo, se define el Teletrabajo precisando que "El teletrabajo es una forma de organización y/o de realización del trabajo, con el uso de las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la que un trabajo, que hubiera podido ser realizado igualmente en los locales del empleador, se efectúa fuera de estos locales de manera regular". Habida cuenta de que el teletrabajo cubre una amplia gama de situaciones, los interlocutores sociales han elegido esa definición, que permite abarcar distintas formas de trabajo regular. Véase también el Acuerdo Marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual. De interés, el Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización (suscrito al amparo del art. 155, apartados 1 y 2, del TFUE. (<https://www.ccoo.es/3ec9e3ddff84034c1a796cb52ac84c09000001.pdf>))
6. [^] Reténgase que conforme al art. 1.5 ET, a efectos del ET y normas concordantes "se considerará centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral". Para la interpretación del sentido técnico-jurídico de este precepto, véase, MONEREO PÉREZ, J.L.: "Estudio del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores", en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *El Nuevo Estatuto de los Trabajadores*, SERRANO FALCÓN, C. (Coord.), Granada, Comares, 2012, pp. 1-37; *Ibid.*, "El centro de trabajo móvil como ámbito de la negociación colectiva", en *Relaciones Laborales*, núm.18 (1988), pp.81 y ss.; *Ibid.*, "La transmisión parcial de empresa: el "centro de trabajo" y la "unidad productiva autónoma" de la empresa", en *Documentación laboral*, núm. 52, 1997; *Ibid.*, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La noción de empresa en el*

- Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio de ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, *Ibidem*, 1999, pp. 17 y ss., en particular pp. 43-122; SALA FRANCO, T.-RAMIREZ MARTINEZ, J.M.: "El concepto de centro de trabajo (problemas interpretativos del art.1.5 del ET)", en *Actualidad Laboral*, núm.33 (1985), pp.1649 y ss.; MIÑAMBRES PUIG, C.: *El centro de trabajo. El reflejo jurídico de las unidades de producción*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1985.
7. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pp. 241 y 225-226; *Ibid.*, "Régimen jurídico-laboral de la transmisión de empresa y crisis empresariales", en MONEREO PÉREZ, J.L., y SÁNCHEZ MONTOYA, J.E. (Dir.): *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Moreno Vida, M.N. y Triguero Martínez, L. Á. (Coords.), Granada, Comares, 2010, pp. 121-191, en particular apartado 2 ("El supuesto de hecho normativo"), pp. 128-143.
 8. ^ MONEREO PÉREZ, J.L., y LÓPEZ VICO, S.: *El Teletrabajo tras la Pandemia del Covid-19. Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica*, Murcia, Laborum, 2022, pp. 83 y ss.
 9. ^ No se olvide que el contrato de trabajo a distancia (art. 13 ET) está ubicado sistemáticamente en la Sección 4ª, relativa a las "Modalidades del contrato de trabajo", del Capítulo I del Título I del ET, sin ser configurado legalmente como una relación laboral de carácter especial ex art. 2 del mismo cuerpo legal. Siendo, así, un tipo de contrato de trabajo común u ordinario con peculiaridades significativas en su régimen jurídico que encuentra su marco de regulación legal en la Ley 10/2021, de trabajo a distancia, y sus normas de desarrollo (art. 13 ET), pero con el sometimiento modalizado –o adaptado– a toda la ordenación normativa prevista en el Estatuto de los Trabajadores (incluidas, como es obvio, las previsiones de los artículos 4, 17, 20bis, etcétera, de mismo cuerpo legal).
 10. ^ En efectivo, conforme a la Disposición adicional 1ª LTD ("El trabajo a distancia en la negociación colectiva") se establece, en primer lugar, que "los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer, en atención a la especificidad de la actividad concreta de su ámbito, la identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizados a través del trabajo a distancia, las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad laboral mediante esta modalidad, la duración máxima del trabajo a distancia, así como contenidos adicionales en el acuerdo de trabajo a distancia y cuantas otras cuestiones se consideren necesario regular". En segundo lugar, abundando en ello, "los convenios o acuerdos colectivos podrán regular una jornada mínima presencial en el trabajo a distancia, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo en los locales de la empresa, un porcentaje o periodo de referencia inferiores a los fijados en la presente Ley a los efectos de calificar como «regular» esta modalidad de ejecución de la actividad laboral, un porcentaje de trabajo presencial de los contratos formativos diferente al previsto en el mismo, siempre que no se celebren con menores de edad, así como las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión". Y no se olvide que toda esa ordenación convencional tiene que hacerse dentro del necesario respecto a la regulación legal (art. 85.1 ET).
 11. ^ Art. 5.3 de la LTD establece que "La decisión de trabajar a distancia desde una modalidad de trabajo presencial será reversible para la empresa y la persona trabajadora. El ejercicio de esta reversibilidad podrá ejercerse en los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en los fijados en el acuerdo de trabajo a distancia al que se refiere el

artículo 7". Por su parte, Los artículos 7.d) y 8.1 de la LTD disponen: "Art 7.d): Será contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia, sin perjuicio de la regulación recogida al respecto en los convenios o acuerdos colectivos, el siguiente: [...] d) Porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso. Art. 8.1. La modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia, incluido el porcentaje de presencialidad, deberá ser objeto de acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, formalizándose por escrito con carácter previo a su aplicación. Esta modificación será puesta en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras".

12. ^ Según el art. 6.2 LTD "la empresa deberá entregar a la representación legal de las personas trabajadoras una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones [nótese su alcance amplio, pues se comprenden dos momentos: el momento genético y el de los sucesivos momentos ulteriores relativos a sus vicisitudes], excluyendo aquellos datos que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pudieran afectar a la intimidad personal, de conformidad con lo previsto en el artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores. El tratamiento de la información facilitada estará sometido a los principios y garantías previstos en la normativa aplicable en materia de protección de datos. Esta copia se entregará por la empresa, en un plazo no superior a diez días desde su formalización, a la representación legal de las personas trabajadoras, que la firmarán a efectos de acreditar que se ha producido la entrega. Posteriormente, dicha copia se enviará a la oficina de empleo. Cuando no exista representación legal de las personas trabajadoras también deberá formalizarse copia básica y remitirse a la oficina de empleo".
13. ^ Sobre los derechos de información como instrumentos de autenticación de los poderes colectivos/sindicales en el sistema de relaciones laborales, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: Los derechos de información de los representantes de los trabajadores, Madrid, Civitas, 1991, pp. 82 y ss. ("Derechos de información y consulta y poderes del empresario"), 114 y ss. ("El carácter instrumental de los derechos de información"). Ibid., "Derechos a la información y a la consulta (artículo 21 en la Carta Social Europea)", en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.): La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, Granada, Comares, 2017, pp. 773 y ss.; Ibid., "Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (artículo 27)", en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.): La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012, pp. 597 y ss.; MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: "Libertad de información y nuevas tecnologías", en VV.AA.: Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI, Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Espósito, M., y Perán Quesada, S. (Dirs.), Ortega Lozano, P.G., y Ruíz Santamaría, J.L. (Coords.), Granada, 2021, pp. 377-424.
14. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: Los derechos de información de los representantes de los trabajadores, Madrid, Civitas, 1991, p. 242.
15. ^ Esta disposición legal estatutaria (art. 64. 6 ET) establece que la información se deberá facilitar por el empresario a la representación de los

trabajadores, sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe". Según el art. 8.4 ET establece que "el empresario entregará a la representación legal de los trabajadores una copia básica de todos los contratos que deban celebrarse por escrito, a excepción de los contratos de relación laboral especial de alta dirección sobre los que se establece el deber de notificación a la representación legal de los trabajadores".

16. [^] MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1991, pp. pp. 461 y ss., la cita literal en p. 463.
17. [^] Señalar, por lo demás, que conforme al art. 19.2 LTD "la empresa deberá suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia. Deberá asegurarse que no existen obstáculos para la comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes legales, así como con el resto de personas trabajadoras".
18. [^] En el caso del teletrabajo aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación (art. 2.b) LTD). Por consiguiente, no se trata de una simple modalidad o subespecie de trabajador a distancia que implica la utilización de nuevas tecnologías sin más, sino, más exactamente, de una modalidad de trabajo a distancia que implica, como elemento constitutivo, la prestación de servicios a través de uso -si quiera sea preponderante- de nuevas tecnologías comunicativas.
19. [^] Aportando una precisión -no exenta de crítica- la LTD, entiende que "se entenderá que es regular el trabajo a distancia que se preste, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo" (art. 1, párrafo 2º LTD).
20. [^] LTD indica que "las relaciones de trabajo a las que resultará de aplicación la presente Ley serán aquellas en las que concurren las condiciones descritas en el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que se desarrollen a distancia con carácter regular" (art. 1, párrafo 1º de la LTD).

§ 77 Subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Obligación de estar inscrito como demandante de empleo desde el agotamiento de la prestación de desempleo.

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: La sentencia aborda la problemática del derecho a percibir la prestación asistencial por desempleo para mayores de 52 años, debiendo responder a si el derecho se adquiere al cumplir dicha edad, o bien se requiere la inscripción ininterrumpida como demandante de empleo desde que la persona trabajadora, al perder su anterior empleo, se inscribe como demandante. La sentencia, al interpretar la normativa de Seguridad Social aplicable, responde que la respuesta es la segunda y estima el recurso interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal.

Palabras clave: Desempleo. Edad. Servicio Público de Empleo. Seguridad Social.

Abstract: The decision addresses the problem of the right to receive the unemployment assistance benefit for persons over 52 years of age, and must answer the question of whether the right is acquired upon reaching that age, or whether uninterrupted registration as a job seeker is required from the time the worker, upon losing his previous job, registers as a job seeker. The decision, interpreting the applicable Social Security regulations, answers that the answer is the latter and upholds the appeal filed by the State Public Employment Service.

Keywords: Unemployment. Age. Public Employment Service. Social Security.

I. Introducción

Es objeto de comentario en este artículo la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 9 de julio de 2024.

La resolución judicial estima, en contra de la tesis mantenida por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe y en la que abogaba por su desestimación al estimar no existente el requisito procesal de contradicción requerido por el art. 291.1 de la LRJS, el RCU interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria de 5 de julio de 2021.

La Sala autonómica había estimado el recurso de suplicación interpuesto por la parte trabajadora contra la sentencia dictada por el JS núm. 4 de Santander el 20 de enero de 2021, que desestimó su demanda en materia de prestaciones de Seguridad Social, más exactamente sobre reconocimiento del derecho a percibir el subsidio por desempleo para mayores de 52 años^[1].

La sentencia del TS mereció una amplia y detallada nota de prensa del gabinete de comunicación del Poder Judicial^[2], publicada el 13 de septiembre con el título “El Tribunal Supremo señala que el subsidio para mayores de 52 años exige la inscripción ininterrumpida como demandante de empleo desde el agotamiento de la prestación de desempleo”, acompañada del subtítulo “Insiste la Sala en que lo que busca la norma es “permitir el acceso al subsidio de desempleo para mayores de 52 años a los trabajadores que no alcanzaban esa edad cuando se produce la situación de necesidad protegida”

II. Identificación de la resolución comentada

Tipo de la resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 991/2024, 9 de julio

Tipo y número de recurso: RCU núm. 3161/2021.

ECLI:ES:TS:2024:4304

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedente.

Cabe recordar, antes de proceder a la explicación del litigio suscitado en sede judicial laboral, que fue el RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, el que recuperó el subsidio por desempleo para mayores de 52 años, derogando la norma que había ampliado con anterioridad la edad hasta los 55 años, el RSL 20/2012 de 13 de julio.

En el preámbulo del RDL 8/2019 se justificaba la modificación^[3] en estos términos:

“El efecto de las mejoras introducidas se traduce en un importante aumento de la protección de este colectivo durante la situación de desempleo, al facilitar el acceso a edad más temprana y no considerar las rentas de la unidad familiar, y al prolongarse la protección hasta la edad ordinaria de jubilación. Pero las mejoras no se circunscriben a la situación de desempleo, sino que tienen una enorme proyección de futuro, puesto que afectan a todo el período de disfrute de la pensión de jubilación, que verá incrementado su importe tanto por la eliminación de los posibles coeficientes reductores sobre la cuantía en los casos de jubilación anticipada, como por la mejora de la cotización durante todo el período de devengo del subsidio”^[4].

El litigio encuentra su origen en sede judicial, como ya he indicado, con la presentación de demanda en solicitud de reconocimiento del derecho a percibir el subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Los hechos probados que interesa conocer para examinar después la fundamentación jurídica de las sentencias recurrida, la aportada de contraste para interponer RCU por el SEPE, y la dictada por el TS, son los siguientes:

“1º. En fecha 04 de octubre de 2019 D. Jesús Miguel solicitó al SEPE el reconocimiento del subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

2º. La solicitud fue denegada por resolución de 29 de octubre de 2019 por el siguiente motivo: En la fecha en que cumplió los requisitos para acceder a un subsidio Vd. no tenía cumplida la edad exigida para acceder al subsidio previsto en el artículo 274.4 de la LGSS y no ha permanecido ininterrumpidamente desde entonces como demandante de empleo en los SPEE.

3°. La resolución denegatoria le fue notificada al actor el 18 de noviembre de 2019. En dicha resolución se indicaba al demandante que contra la resolución podía interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional social, dentro del plazo de 30 días hábiles siguientes a la fecha de la notificación de la resolución.

4°. El demandante no formuló reclamación previa en el plazo de los 30 días indicados. La reclamación la presentó el 14 de febrero de 2020.

5°. Al demandante se le reconoció una prestación por desempleo en mayo de 2005 que capitalizó para iniciar una actividad por cuenta propia. El 01 de mayo de 2005 se dio de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

Estuvo de alta en dicho Régimen en los siguientes periodos:

-01/05/2005 al 31/08/2015

-01/11/2016 al 13/07/2018

Tras el cese en el RETA el trabajador no mantuvo ninguna otra relación laboral.

6°. El demandante no ha estado inscrito como demandante de empleo en el periodo 04/07/2005 al 11/02/2019".

IV. Sentencia del JS

La sentencia del JS desestimó la demanda, con el añadido de un muy amplio auto complementario de 26 de abril, en el que se daba respuesta a dos motivos de oposición a la demanda porque "la sentencia no se pronuncia" (sobre estos), relativos a la posible caducidad en la instancia por no haber formulado reclamación administrativa previa, y sobre el incumplimiento del requisito de no haber agotado la prestación por desempleo

La desestimación se basó en la interpretación efectuada por el juzgador de la normativa reguladora aplicable, la Ley General de Seguridad Social^[5].

La normativa aplicable en el momento de producirse el conflicto disponía que

"... "Podrán acceder al subsidio los trabajadores mayores de cincuenta y dos años, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral y acrediten que, en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

Si en la fecha en que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en los apartados anteriores, los trabajadores no hubieran cumplido la edad de cincuenta y dos años, pero, desde dicha fecha, permanecieran inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo en los servicios públicos de empleo, podrán solicitar el subsidio cuando cumplan esa edad. A estos efectos, se entenderá cumplido el requisito de inscripción ininterrumpida cuando cada una de las posibles interrupciones haya tenido una duración inferior a noventa días, no computándose los periodos que correspondan a la realización de actividad por cuenta propia o ajena. En este último caso, el trabajador no podrá acceder al subsidio cuando el cese en el último trabajo fuera voluntario".

V. Recurso de suplicación

El recurso de suplicación, interpuesto al amparo del art. 193 c) de la LRJS, además de justificar los motivos por lo que la parte recurrente no había estado inscrita como demandante de empleo, apeló a una interpretación flexible de la normativa, en contraposición a la que calificó de aplicación meramente formalista que al parecer de la parte recurrente era la que llevó a cabo la sentencia de instancia, tesis rechazada por el TSJ por cuanto se mantuvieron inalterados los hechos probados, y por ello no

había documento fehaciente o prueba pericial que evidenciara “error en el relato atacado para concluir otro distinto del de instancia”. No obstante, como explicaré a continuación, si se estimará el recurso por otros motivos

Al dar respuesta a la argumentación sustantiva o de fondo, se acude primeramente a la sentencia del TS de 13 de abril de 2006, rec. 1083/2004 (resumen oficial: “Exigencia de inscripción como demandante de empleo para causar derecho al subsidio de desempleo para mayores de 52 años”), de la que se concluye que para iniciar la prestación del subsidio no será impedimento “la interrupción de la inscripción como demandante de empleo”.

A continuación, la Sala procede a un amplio examen del RDL 8/2019, para concluir que

“... en una interpretación sistemática y tendente a producir los efectos que son propios (art. 1.284 y 1.285 del CC), según las indicaciones de la propia norma expuestas, se consideran de aplicación los criterios flexibilizadores sobre la interpretación del requisito de permanecer ininterrumpidamente inscrita como desempleado, en los términos indicados jurisprudencialmente, en el marco de una larga vida laboral y escasos y en parte justificados (periodos en IT), en el periodo previo al subsidio reclamado hasta el cumplimiento de los 52 años de edad; y, después del cumplimiento de esta edad (nacido el día ...), la aplicación de lo estrictamente regulado. En que se deberán aplicar los periodos que explicita, que no pueden superar los 90 días, en cada periodo...”

Para la Sala,

“... estamos ante periodos no inscrito como desempleado, en el marco de otros en el largo periodo (más de 25 años cotizados) que superan ampliamente el que no figura inscrito como desempleado (menos de un año). Con extensa vida laboral cotizando, en el contexto de un momento de elevado índice de desempleo (años 2015, 2018 y 2019) de personas de edad como la acreditada por el actor...”.

VI. RCUD

Contra la sentencia del TSJ de Cantabria se interpuso RCUD por el SEPE, aportando como sentencia de contraste, para dar cumplimiento al requisito procesal regulado en el art. 219.1 LRJS la dictada por el TSJ de Madrid el 17 de junio de 2020, rec. 166/2020.

1. Normativa aplicable

Con prontitud centra la Sala la cuestión a la que debe dar respuesta, que no es otra que la de determinar “si debe reconocerse al actor el derecho al subsidio de desempleo para mayores de 52 años, en función de la aplicación al caso del requisito de estar inscrito como demandante de empleo”.

Tras recordar la tesis desestimatoria de la sentencia de instancia, por no haber estado la parte demandante inscrita ininterrumpidamente como demandante de empleo, y la estimatoria del recurso de suplicación por el TSJ al entender que dicho requisito sólo puede exigirse a partir del cumplimiento de los 52 años y haber quedado debidamente acreditado, procede al examen del RCUD interpuesto por el SEPE, al amparo del art. 207 e) LRJS, que sostuvo que se había producido la infracción del art. 274.4 LGSS, ya que

“... al demandante le es exigible el requisito de estar inscrito ininterrumpidamente como demandante de empleo desde que cesó en su actividad en el RETA, sin que haya en el presente supuesto ninguna causa ajena a la voluntad del trabajador que pudiese justificar el incumplimiento de esta condición. De lo que deduce que no tenía intención de mantenerse dentro del mercado laboral, y no concurren en consecuencia los presupuestos legales a los que se condiciona el reconocimiento del subsidio de desempleo para mayores de 52 años”.

La Sala procede en primer lugar a examinar si existe la contradicción requerida procesalmente entre la sentencia recurrida y la aportada de contraste, llegando a una respuesta afirmativa, contraria a la tesis del Ministerio Fiscal.

En la sentencia del TSJ de Madrid, en concreto en su fundamento de derecho único, se encuentran los argumentos que le llevarán a estimar el recurso de suplicación interpuesto por el SEPE contra la sentencia de instancia que había reconocido el derecho al percibo del subsidio. Son los siguientes:

“... El requisito de inscripción ininterrumpida desde el agotamiento de la prestación por desempleo debe aplicarse también a quienes agotaron la prestación antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2019 y entonces no tenían derecho al subsidio, puesto que el hecho de admitir una aplicación analógica y favorable para los mismos no permite llegar a excepcionar a estos de requisitos que sí se exigen a los que son beneficiarios plenos de la norma en su sentido literal. Con ello se iría más allá de la analogía *in bonam partem* para crear una norma específica y más favorable para este colectivo que no tiene amparo jurídico. Y el artículo 274.4 especifica que “se entenderá cumplido el requisito de inscripción ininterrumpida cuando cada una de las posibles interrupciones haya tenido una duración inferior a noventa días, no computándose los periodos que correspondan a la realización de actividad por cuenta propia o ajena”, si bien añade que “en este último caso, el trabajador no podrá acceder al subsidio cuando el cese en el último trabajo fuera voluntario”.

Ocurre que en este caso el requisito de inscripción ininterrumpida desde el agotamiento de la prestación no se cumple, porque la prestación se agotó el 8 de julio de 2015 y existen dos periodos sin inscripción como demandante de empleo (que no consta que correspondan a la realización de una actividad por cuenta propia o ajena): de 08.01.2016 a 03.04.2016 y de 23.04.2016 a 03.10.2016. La norma permite lucrar la prestación si “cada una” de las interrupciones ha tenido una duración inferior a 90 días. Esto ocurre con la primera de ellas, pero no con la segunda, que excede con mucho de los noventa días, por lo que no se cumple el requisito que permitiría acceder a la prestación debatida. En el escrito de impugnación se alegan dos circunstancias fácticas, como son un periodo de empleo del 4 al 22 de abril de 2016, que no solamente no consta probado, sino que en modo alguno incide sobre el segundo periodo sin inscripción; y razones de salud de su marido y de su madre, que pretende que justifiquen la falta de inscripción durante el segundo periodo por imposibilidad de desempeñar un empleo, lo cual no puede ser valorado porque tales circunstancias no constan en los hechos probados de la sentencia de instancia y ni siquiera se han intentado introducir por la parte impugnante por la vía del artículo 197.1 de la Ley de la Jurisdicción Social”.

Como digo, la Sala aprecia la existencia de contradicción entre las dos sentencias, no sin antes reconocer que existían algunos aspectos “divergentes”, como así había entendido la Fiscalía, pero que ello no obstaba a poder apreciar la existencia de aquella, ya que

“... lo esencial y determinante es que la sentencia recurrida ha entendido que el requisito de inscripción ininterrumpida como demandante de empleo solo es exigible a partir del cumplimiento de la edad de 52 años, mientras que la referencial considera que debe estar inscrito desde el agotamiento de la situación de desempleo anterior”.

2. Doctrina básica

Al entrar en la resolución del conflicto, la Sala procede en primer lugar al recordatorio del art. 274 de la LGSS, planteándose que debe responder a cuál es “la correcta exegesis que haya de hacerse del requisito de permanecer inscrito ininterrumpidamente como demandante de empleo que contiene este último apartado del precepto. Más concretamente, decidir si la expresión “desde dicha fecha”, se refiere a la fecha de cumplir 52 años, o a la fecha en la que el trabajador se encuentra en alguno de los supuestos previstos en los apartados anteriores antes de cumplir esa edad”.

Para ello, procede a examinar la redacción anterior a la entrada en vigor del RDL 8/2019 y la finalidad de la reforma operada por este, sosteniendo, tras el análisis de ambas, que lo que pretendió el legislador con la reforma fue:

“... que puedan acceder a esta modalidad de subsidio los trabajadores que no han alcanzado todavía los 52 años cuando se produce la situación legal que da derecho a su percepción, pero siempre que se mantengan ininterrumpidamente inscritos como demandantes de empleo desde la fecha en la que se encuentran en alguno de aquellos supuestos.

La legislación anterior exigía tener ya la edad de 55 años cuando se producía la situación jurídica que da derecho al subsidio, de tal forma que solo era posible su percepción cuando la situación de necesidad protegida se generaba una vez cumplida esa edad”,

La Sala concluye que “La nueva normativa amplía el derecho a quienes no han cumplido la edad de 52 años cuando se presenta la situación de necesidad, pero con la condición de que se mantengan ininterrumpidamente inscritos como demandantes de empleo hasta la fecha en la que cumplan esa edad y puedan solicitar entonces el subsidio.

La exigencia de inscripción ininterrumpida como demandante de empleo no está por consiguiente referenciada al momento en el que se alcanza la edad de 52 años, sino al nacimiento de la situación protegida en la que debe encontrarse el trabajador para acceder posteriormente al subsidio para mayores de 52 años al cumplir esa edad”.

La finalidad del subsidio, según el TS, es la de “... la de amparar las situaciones de desprotección de quienes buscan empleo y no encuentran colocación antes de alcanzar los 52 años. No la de quienes voluntariamente se apartan del mundo laboral sin tan siquiera buscar empleo, y pretenden percibir el subsidio al cumplir los 52 años”, trayendo a colación en apoyo de su tesis la sentencia dictada el 17 de julio de 2023, rec. 968/2020, de la que se transcriben unos fragmentos (resumen oficial: “Subsidio por desempleo para mayores de 55 años. Legislación aplicable anterior al RDL 8/2019, de 8 de marzo. Requisitos de acceso: Tener cumplidos 55 años a la fecha del agotamiento de la última prestación o subsidio. Aseguramiento de condena”).

En definitiva, la desestimación de la tesis de la parte demandante en instancia y recurrente en suplicación, y la estimación de la parte recurrente en casación, derivará, pues, del dato incontrovertido de haber estado el actor “... prestando servicios por cuenta propia en dos diferentes periodos, pero sin llegar a inscribirse como demandante de empleo durante más de un año al acabar el primero de ellos, así como tampoco al finalizar el segundo en julio de 2018. Periodos en los que se aparta voluntariamente del mundo laboral, sin mostrar intención alguna de mantenerse en la búsqueda activa de empleo”.

3. Parte dispositiva

Por todo lo anteriormente expuesto, el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el abogado del Estado, en nombre y representación del Servicio Público de Empleo Estatal, contra la sentencia dictada el 5 de julio de 2021 por la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria, que casa y anula, y procede a confirmar la sentencia de instancia, dictada por el JS de Santander núm. 4 de Santander el 20 de enero de 201.

Referencias:

1. [^] El resumen oficial de la sentencia, que ya permite tener un buen conocimiento del conflicto y del fallo, es el siguiente: “Subsidio desempleo mayores 52 años. Es necesaria la inscripción ininterrumpida como demandante de empleo. Requisito que debe cumplirse desde el momento del agotamiento de la prestación de desempleo. Que no solo desde el cumplimiento de la edad de 52 años”.
2. [^] En la citada nota de prensa se explicaban los contenidos más destacados de la sentencia del alto tribunal destacando por mi parte estos dos fragmentos: “... La sentencia destaca que la finalidad del subsidio es la de amparar las situaciones de desprotección de quienes buscan empleo y no encuentran colocación antes de alcanzar los 52 años, y no la de quienes voluntariamente se apartan del mundo laboral sin tan siquiera buscar empleo, y pretenden percibir el subsidio al cumplir los 52 años. Insiste la Sala en que lo que busca la norma es “permitir el acceso al subsidio de desempleo para mayores de 52 años a los trabajadores que no alcanzaban esa edad cuando se produce la situación de necesidad protegida, pero que se mantienen inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo desde entonces y hasta cumplir la edad de 52 años que les permite solicitar el subsidio, evidenciando de esta forma su voluntad de mantenerse en el mundo laboral en la búsqueda de empleo”.
3. [^] Sobre el citado RDL la nota informativa del SEPE publicada poco después de su publicación indicaba que “El día 12 de marzo de 2019 se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-ley 8/2019, de medidas urgentes en materia de protección social, que modifica la regulación del subsidio para personas trabajadoras mayores de 55 años en los siguientes aspectos: 1. Se puede acceder a partir de los 52 años en lugar de los 55. 2. Además de poder acceder quienes tengan cumplidos 52 años en la fecha de estar percibiendo o tener derecho a cualquier subsidio, (consulte en el dorso si es beneficiario o beneficiaria del subsidio extraordinario o de la renta activa inserción) también podrán acceder las personas que anteriormente hayan agotado una prestación o subsidio por desempleo si desde entonces, se han mantenido inscritas como demandantes de empleo en los servicios públicos de empleo, no teniéndose en cuenta las posibles interrupciones inferiores a tres meses o que correspondan a periodos de actividad”.
4. [^] Remito a mis artículos “Texto comparado del RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, con las normas que modifica” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/03/texto-comparado-del-rdl-82019-de-8-de.html> y “Subsidio de desempleo para mayores de 55 años. Inconstitucionalidad del cómputo de las rentas familiares. ¿Regreso a los 52 años? Una nota a la sentencia del TC 61/2018 de 7 de junio” (<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/07/subsidio-de-desempleo-para-mayores-de.html>) (consulta: 25 de septiembre)
5. [^] En la redacción actual de la LGSS, el art. 274 dispone que “... 3. Serán beneficiarios del subsidio para trabajadores mayores de cincuenta y dos años quienes cumplan los requisitos establecidos en el artículo 280. 4. En todos los casos, el reconocimiento del derecho al subsidio exigirá la inscripción como demandante de empleo, así como la suscripción del acuerdo de actividad regulado en el artículo 3 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero”, y el art. 280 dispone que “1. Podrán acceder al subsidio para mayores de cincuenta y dos años los trabajadores que, en la fecha en que

se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 274.1 tengan cumplida dicha edad y además en la fecha del hecho causante del subsidio establecido en el artículo 276.1, acrediten todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social, hayan cotizado efectivamente en España por desempleo durante al menos seis años a lo largo de su vida laboral, sin que a estos efectos resulte de aplicación el artículo 235, y cumplan los requisitos establecidos en el apartado 2”.

§ 78 Inexistencia de subrogación convencional en caso de asunción de la actividad de limpieza por un trabajador autónomo sin empleados.

Faustino Cavas Martínez

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

Resumen: *Al trabajador autónomo sin empleados a cargo, que asume el servicio de limpieza de una comunidad de propietarios, no le resulta aplicable ni el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores ni la obligación de subrogación impuesta por el convenio colectivo. Un trabajador autónomo solo queda incluido en el ámbito de aplicación del convenio colectivo si es al propio tiempo empleador, no en caso contrario.*

Palabras clave: *Trabajador autónomo. Transmisión de empresa. Sucesión de contratas. Ámbito de aplicación del convenio colectivo. Servicio de limpieza.*

Abstract: *A self-employed worker without dependent employees, who assumes the cleaning service of a community of owners, does not have either article 44 of the Workers' Statute or the obligation of subrogation imposed by the collective agreement applicable. A self-employed worker is only included in the scope of application of the collective agreement if he or she is also an employer, not otherwise.*

Keywords: *Self-employed worker. Business succession. Succession of contracts. Scope of application of collective agreements. Cleaning service.*

I. Introducción

Son frecuentes los supuestos en los que, no resultando aplicable la obligación de subrogación laboral prevista en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, aquella obligación viene impuesta, como garantía de estabilidad y continuidad en el empleo para los trabajadores de las empresas auxiliares o de servicio, por el convenio colectivo que regula la actividad desarrollada en el ámbito de la contrata (limpieza, vigilancia y seguridad, mantenimiento...). En tal caso, para que se active el mecanismo de la subrogación convencional y la nueva contratista deba hacerse cargo de los trabajadores de la empresa saliente adscritos a la contrata extinta, han de cumplirse los requisitos y condiciones que el propio convenio establezca y, obviamente, presupuesto inexcusable de todo ello es que la nueva adjudicataria del servicio sea una empresa incluida en su ámbito funcional de aplicación.

En el caso analizado por la sentencia del TS núm. 999/2024, de 9 de julio (rcud. 849/2023), el convenio colectivo de aplicación establece la obligación de que la empresa entrante se subroge en la posición de la saliente respecto de los trabajadores adscritos a la actividad objeto de la contrata. El problema se suscita cuando, en una urbanización en régimen de propiedad horizontal, el servicio de limpieza que venía realizando una empresa es asumido, no por otra empresa, sino por un trabajador autónomo (persona física) sin empleados que tiene intención de desarrollarlo por sí mismo. Y la pregunta es: ¿queda vinculado dicho trabajador

autónomo por la obligación de subrogación prevista en el convenio colectivo? ¿Debe el trabajador autónomo hacerse cargo del trabajador de la empresa saliente que venía realizando las tareas de limpieza en la comunidad de propietarios y, por tanto, responder de las consecuencias de su cese?

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 999/2024, de 9 de julio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUD núm. 849/2023.

ECLI: ES:TS: 2024:3967.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Como se ha anticipado, la cuestión que se somete al pronunciamiento unificador del TS consiste en determinar si, ante un supuesto de cese de contrata en el sector de servicios de limpieza -concretamente en una urbanización en régimen de propiedad horizontal-, debe asumir la obligación de subrogación del personal adscrito a la contrata impuesta por el convenio el trabajador autónomo que adquiere la realización de dicho servicio y que no tiene trabajadores a su cargo, cuando el objeto de la contrata lo realiza el autónomo por sí mismo y sin auxilio de empleado alguno; y, en consecuencia, si debe o no responder de las consecuencias del cese del trabajador realizado por la contratista saliente. En realidad, la cuestión relativa al alcance de la subrogación convencional es accesoria del asunto principal, a saber, determinar si los convenios colectivos sectoriales obligan a los trabajadores autónomos que no son al propio tiempo empleadores.

Consta en los hechos probados que el trabajador cesado prestaba servicios para una empresa de limpieza como limpiador a tiempo parcial de 36 horas semanales, distribuidas del siguiente modo: 30 horas en una comunidad de propietarios y 6 horas en un parking. En una fecha dada, la comunidad de propietarios decide rescindir la contrata de limpieza, conserjería y mantenimiento, ante lo cual, la empresa contratista toma dos decisiones: primero, reducir la jornada laboral del trabajador limitándola a 6 horas semanales, decisión que el trabajador impugna presentando demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo (admitida a trámite en el JS núm. 1 de Málaga); posteriormente, comunica al trabajador que, en virtud del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y del convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de Málaga, a raíz de la finalización del contrato de prestación de servicios de limpieza, procede a rescindir el contrato de trabajo que mantenía con el mismo al amparo de lo dispuesto en los arts. 51.1 y 52.c) del ET, por causas económicas y organizativas, sin perjuicio de la obligación de la empresa entrante de proceder a su subrogación. Obsérvese que la contratista saliente no se limitó a cursar la baja en Seguridad Social del trabajador ante el cambio de titularidad de la contrata de limpieza, sino que puso fin a la relación laboral que mantenía con aquél, de forma indemnizada, y ello pese a que el trabajador siguió prestando la jornada de 6 horas semanales en el parking.

La empresa saliente trasladó al administrador de la comunidad de propietarios la documentación prevista en el convenio colectivo, con los datos del contrato del trabajador en el que había de subrogarse la nueva contratista (antigüedad, jornada, horario y domicilio). El actor era el único trabajador que realizaba el servicio de limpieza, conserjería y mantenimiento en la urbanización.

Por su parte, la comunidad de propietarios formaliza con un trabajador autónomo sin asalariados, un acuerdo de colaboración para la realización de trabajos de limpieza, mantenimiento y jardinería en la urbanización, por un tiempo fijo de 6 horas diarias, de lunes a viernes.

El trabajador cesado interpuso demanda por despido frente a la comunidad de propietarios, su antigua empleadora y el trabajador autónomo, demanda que será estimada en parte por sentencia del JS núm. 5 de Málaga de 27 de abril de 2022, donde, previa absolución de la C.P. y de su anterior empleadora, se califica el despido como improcedente y se condena al trabajador autónomo a que, a su opción, readmita al actor en la mismas condiciones que regía antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación hasta la notificación de la sentencia, o al pago de la indemnización prevista en el art. 56 del ET que cuantifica.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el trabajador autónomo ante la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía -sede en Málaga-, la cual dictó sentencia en fecha 21 de diciembre de 2022 estimatoria del recurso y desestimatoria de la demanda de despido promovida contra los tres codemandados. La sala andaluza entiende que no resulta de aplicación al trabajador autónomo el convenio colectivo de limpieza de oficinas y locales de Málaga, por entender que el citado convenio se aplica a empresas, que, a través de trabajadores a su cargo, prestan servicios de limpieza de edificios y locales, sin que el convenio incluya un único precepto dedicado a los trabajadores autónomos. Concluye la sentencia que el demandado está dado de alta en el RETA, que no consta acreditado que tenga trabajadores a su cargo y que llevó a cabo una actividad concertada con la comunidad de propietarios demandada de manera personal y directa, por lo que debe responder la empresa saliente y, además, al haber continuado prestando servicios para ésta, aún a jornada reducida de 6 horas semanales por causa de finalización de la contrata de limpieza, no puede caracterizarse como despido la decisión que se enjuicia, sino como reducción de jornada en 30 horas semanales.

IV. Posición de las partes

1. Posición de la partes recurrente y recurrida

El trabajador despedido interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, centrando el núcleo de contradicción en determinar si existe o no obligación de subrogación convencional por parte de un trabajador autónomo que asume por sí solo el servicio de limpieza. Cita como infringidos los artículos 44, 55 y 56 del ET y el artículo 10 del convenio colectivo del sector de limpiezas de edificios y locales de Málaga. Como resolución de contraste aporta, a efectos de acreditar la contradicción exigida por el artículo 219 LRJS, la sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 25 de junio de 2021, Rec. 414/2021. En ella, la Sala acordó desestimar el recurso interpuesto por una trabajadora autónoma que tras asumir el servicio de limpieza en otra comunidad de propietarios rechazó hacerse cargo de la trabajadora que se venía ocupando de las tareas de limpieza como empleada de la contratista saliente, y concluye que la recurrente está obligada a subrogarse, en aplicación del artículo 14 del convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de Cantabria del año 2018-2020, dada la alusión expresa a "entidad de cualquier clase" en la que se incluye a los trabajadores autónomos, no contemplando la norma la exclusión de estos profesionales de la obligación subrogatoria.

El recurso ha sido impugnado por la representación legal del autónomo nuevo adjudicatario, quien solicita la confirmación de la sentencia recurrida. También ha sido impugnado por la representación legal de la contratista saliente, que igualmente solicita la desestimación del recurso.

2. Posición del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal ha informado el recurso en el sentido de considerar su improcedencia y consiguiente desestimación.

V. Normativa aplicable al caso

La resolución del supuesto enjuiciado exige interpretar, en esencia, lo dispuesto en dos disposiciones:

-El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, trasposición al ordenamiento español de la Directiva 2001/23/CE, que en su apartado 1 establece lo siguiente: “El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.” A continuación, en su apartado 2 describe cuándo existe sucesión de empresa: “A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.”

-El Convenio Colectivo sectorial para la limpieza de edificios y locales de Málaga 2016-2020, que en su art. 10 impone la obligación de subrogación en los supuestos de relevo en la titularidad de la contrata de limpieza. Dicho convenio delimita su ámbito de aplicación en el artículo 1: “El presente convenio colectivo obliga por igual a todas las empresas, que su dedicación sean actividades de limpieza de edificios y locales”^[1].

VI. Doctrina básica

La aplicación de la subrogación convencional exige estar incluido en el ámbito de aplicación del convenio que la impone, ya que, en todo caso, para que las previsiones convencionales resulten aplicables, resultará preciso que los sujetos eventualmente afectados se encuentren sometidos a la disciplina del convenio que incluya la cláusula en cuestión. A este respecto, el TS considera que un trabajador autónomo sin empleados a su cargo no está incluido en el ámbito de aplicación del convenio colectivo sectorial de limpieza de la provincia de Málaga, ni el de ningún otro convenio colectivo, por no ser empresario laboral en los términos del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores.

VII. Parte dispositiva

La STS 999/2024 acuerda: a) desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador despedido; b) confirmar y declarar la firmeza de la sentencia dictada el 21 de diciembre de 2022 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede en Málaga- en el recurso de suplicación núm. 1545/2022; c) no efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS.

VIII. Pasajes decisivos

El TS considera superado el presupuesto de existencia de contradicción ya que, existiendo una sustancial identidad fáctica, en ambas sentencias se cuestiona si el trabajador autónomo que asume un servicio de limpieza por sí mismo, sin trabajadores a su cargo, debe asumir o no la subrogación de los trabajadores que prestaban los servicios de limpieza para la anterior contrata y si, por ello, se encuentra dentro del ámbito de aplicación de las respectivas normas convencionales. Pero mientras la sentencia recurrida entiende que el autónomo no debe asumir la subrogación por no estar incluido en el ámbito de aplicación del convenio, la sentencia de contraste resuelve en sentido contrario por entender que la trabajadora autónoma debe asumir a la trabajadora que prestaba sus servicios para la anterior contrata.

A continuación, la Sala Cuarta entra a resolver el problema de fondo, objeto del recurso de suplicación. Y lo hace recordando los hitos fundamentales de su doctrina sobre la concurrencia de transmisión de empresa en los casos de sucesión de

contratas y el alcance de la subrogación convencional, de la mano de su sentencia 602/2021, de 8 de junio (rcud.3004/2018), donde el TS compendia que, a falta de transmisión de elementos patrimoniales, en actividades desmaterializadas o en las que, como ocurre en el sector de la limpieza, las exigencias de infraestructura son poco relevantes porque la actividad descansa esencialmente en la mano de obra, el conjunto de trabajadores que realizan dicha actividad puede constituir una entidad económica susceptible de transmisión y de ser explotada de forma independiente. Ahora bien, para que esa entidad mantenga su identidad (y, por tanto, haya transmisión o sucesión de empresa), el nuevo empresario no solo ha de continuar con la actividad, sino que también se ha de haber hecho cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario (sucesión de plantillas). Y si el nuevo empresario no se hace cargo de esa parte esencial de la plantilla, la entidad económica -que descansa esencialmente en la mano de obra- no mantendrá su identidad, por lo que no se producirá la transmisión de empresa. En definitiva, como dijera la STS 769/2016, de 22 de septiembre (rcud. 1438/2014), la doctrina comunitaria deja en manos de la empresa entrante, en función de que decida asumir o no el todo o mayor parte de la plantilla, la aplicabilidad de la figura sucesoria.

La sucesión de plantillas puede ser resultado de una opción voluntaria del nuevo contratista, pero también puede ocurrir que sea el convenio colectivo aplicable, cosa frecuente en el sector de la limpieza, el que establezca la obligación de que la empresa entrante se subroge en la posición de la saliente respecto de los trabajadores adscritos a la actividad objeto de la contrata. En estos casos se ha señalado que “la nueva adjudicataria está obligada, aun en el supuesto de reducción de la contrata, a asumir toda la plantilla cuando se ha producido la transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad (en actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial lo relevante es que se haya asumido una parte esencial de la plantilla en términos de competencias o numéricos), aunque ello se produzca como consecuencia del cumplimiento de la obligación subrogatoria impuesta en el Convenio Colectivo [STS 4/2019 de 8 enero (Rcud.2833/2016)]”.

Ahora bien, para que las correspondientes previsiones convencionales resulten aplicables, resultará preciso que los sujetos eventualmente afectados se encuentren sometidos a la disciplina del convenio que incluya la cláusula en cuestión. En este preciso sentido, la STS 977/2018 de 26 noviembre (rcud. 2128/2016) concluyó que la subrogación prevista en el convenio aplicable a la empresa principal (actividades deportivas) no podía disciplinar el proceso de reversión de la actividad de limpieza que tenía externalizada. La STS 895/2020 de 13 octubre (rcud. 2126/2018) aplica esa doctrina para concluir que la subrogación convencional contemplada en el convenio sectorial (de limpieza) no puede vincular a la Administración, que además posee convenio propio. La STS 286/2022 de 30 marzo (rcud. 2375/2020) aplica las consecuencias de ello a un caso en que la empresa saliente es un Centro Especial de Empleo y la entrante es una empresa multiservicios sin convenio colectivo propio; constata que a la contrata no le resulta aplicable ningún convenio sectorial y concluye que la subrogación empresarial no puede imponerse por el convenio colectivo de centros especiales de empleo a la empresa entrante porque no tiene dicha condición. La STS 963/2022 de 15 diciembre (Rec. 167/2022) ha descartado que a una empresa sanitaria (Hospital Privado) se le pueda imponer la subrogación contemplada en el convenio sectorial de limpieza cuando decide extinguir la contrata y pasar de la externalización a la asunción directa de esas tareas; reseñando que un convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional es el de la limpieza, que ha sido negociado por la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza y las Asociaciones Federadas de Empresarios de Limpieza Nacionales, no es aplicable a unas empresas del sector sanitario.

La clave estriba en determinar si un trabajador autónomo que compromete con determinada C.P. realizar las tareas de limpieza por sí mismo, sustituyendo a la empresa contratista que venía haciéndolo con anterioridad, entra o no en el ámbito de aplicación del convenio colectivo sectorial de limpieza. Tras examinar el tenor del art. 1 del Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Málaga, el

TS entiende que, si bien el término empresa es “absolutamente equívoco y poco preciso”, desde la perspectiva contractual que rige el Estatuto de los Trabajadores “resulta claro que el mencionado convenio incluye en su ámbito de aplicación a los empresarios cuya actividad sea la de limpieza de edificios y locales”. Y la definición que sobre empresario establece el artículo 1.2 ET implica que empresario laboral es, simplemente, quien da empleo a otro en virtud de un contrato de trabajo (empleador). “Se concibe así al empresario como el titular de una organización productiva a título de propietario o contratista, o en virtud de otro título que otorgue el beneficio y el riesgo de la misma siempre que sea empleador, porque la condición de empresario laboral requiere ineludiblemente la recepción de los servicios prestados por el trabajador. De ello se deduce que un trabajador autónomo no es empresario laboral si no tiene empleados; mientras no sea titular, como empleador, de contrato de trabajo alguno, un autónomo -trabajador por cuenta propia, no tiene la condición laboral de empresario.”

Consecuentemente, los convenios colectivos (art. 82 ET), que son la expresión de la autonomía colectiva (art. 37 CE), esto es, de un acuerdo libremente adoptado por los representantes de los trabajadores y de los empresarios cuyo contenido es la regulación, en el ámbito correspondiente, de las condiciones de trabajo de los sujetos -trabajadores y empresarios- incluidos en su ámbito de aplicación, no resultan de aplicación a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, salvo que éstos tengan la condición de empresario laboral por tener trabajadores a su cargo. Situación que no concurre en el trabajador autónomo que sustituyó a la empresa de limpieza en el supuesto del que se ocupa la sentencia ahora comentada.

El TS cierra la fundamentación de su fallo señalando la que la solución adoptada también se desprende de “la lógica jurídica y de la aplicación de los principios elementales del derecho”, toda vez que en el supuesto examinado estamos ante una contrata de limpieza que ocupa 6 horas diarias, de lunes a viernes, excepto festivos nacionales o locales, a la que la empresa saliente destinada un único trabajador (que además compartía la realización de la actividad con otra contrata), y que, a la finalización de un contrato mercantil, ha sido adjudicada por la principal a un trabajador por cuenta propia que realiza su actividad personalmente, “al que se situaría fuera del mercado si se considerase que le resulta aplicable una previsión convencional como la examinada en un supuesto de sucesión de contratas en el que no se han transmitido elementos patrimoniales y en los que la mano de obra ajena no resulta necesaria ante la realización exclusiva personal y directa del objeto de la contrata por el trabajador autónomo.”

IX. Comentario

De la doctrina expuesta se infiere que no es suficiente con el relevo en la realización de la actividad objeto de una contrata para que el nuevo adjudicatario tenga que subrogarse, por así establecerlo el convenio colectivo aplicable, en la posición contractual de la empresa saliente, haciéndose cargo de los trabajadores adscritos a la contrata y de los correspondientes derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social. A esta condición “objetiva” debe añadirse la concurrencia de otro requisito de índole subjetiva, a saber, la condición de empresario laboral del nuevo contratista. Condición de empresario laboral, en tanto que empleador, que ha de ser previa al cambio de titularidad de la contrata (negocio jurídico civil por el que se compromete la prestación de un servicio para otro a cambio de una contraprestación económica), sin que pueda imponerse como resultado de la nueva contratación por vía subrogatoria a un profesional autónomo sin empleados, que decide libremente ejecutar la actividad por sí solo.

Un trabajador autónomo que no tiene empleados no es empresario a efectos de quedar incluido como empresa en el ámbito de aplicación de ningún convenio colectivo, pues este es un instrumento destinado a regular las condiciones del trabajo por cuenta ajena en un ámbito específico, finalidad imposible de cumplir en el caso del trabajador por cuenta propia que no es empleador.

Por otro lado, el derecho constitucional a la libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la CE comprende el derecho a adoptar cualquier forma de organización empresarial admitida en derecho, así como a decidir los medios y recursos necesarios para el desarrollo de una actividad profesional o económica, derecho que se vería conculcado si a una persona física que libremente ha optado por trabajar por cuenta propia sin auxilio de terceros un convenio colectivo pudiera obligarle a asumir la condición de empleador o empresario laboral.

X. Apunte final

Para concluir, un breve comentario sobre la calificación que merece la reacción procesal del trabajador despedido cuando su empresa le comunica la extinción del contrato de trabajo por finalización de la contrata mantenida con la urbanización en la que estaba destinado. Consta en autos que la contratista saliente redujo la jornada laboral del actor a solo 6 horas semanales cuando la C.P. le informó sobre su intención de no prorrogar la contrata de limpieza, manteniéndolo en la prestación del servicio de limpieza que venía desarrollando en el marco de otra contrata. A este respecto, las SSTs de 7 abril 2000 (rcud. 1746/1999) y 20 noviembre 2000 (rcud. 1417/2000) precisaron que la pérdida de la contrata de un centro de trabajo para una empresa de limpieza y la correlativa reducción del horario de la trabajadora que en el mismo prestaba servicios, manteniendo el resto de la jornada para dicha empresa, no constituye “despido parcial” sino una modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 del ET, susceptible de impugnación por la modalidad procesal regulada en el art. 138 LRJS. Esta doctrina reaparece en la STS de 19 diciembre 2023 (rcud. 1155/2022), donde la Sala afirma que cuando la empresa, como consecuencia de la pérdida de una contrata, reduce la jornada (y el salario) de manera importante, ni el contrato cambia su modalidad (de tiempo completo a tiempo parcial), ni se produce un despido parcial (tácito); la pretensión encauzada a través de esta modalidad (despido) debe desestimarse, sin perjuicio de que se cuestione la decisión patronal a través de otras vías. También descartó la existencia de despido parcial la STS de 15 octubre 2013 (rcud. 3098/2012), donde se aborda el caso de una limpiadora que presta servicios para dos empresas de limpieza y una de ellas se adjudica contrata que pertenecía a la otra; como resultado, la actora ve incrementada su jornada por encima de la máxima y la mercantil empleadora decide ajustarla al máximo legal. La Sala rechaza que haya existido un despido parcial porque ello exige una decisión del empresario, expresa o tácita, de dar por concluida la relación de trabajo, que no concurre en este caso toda vez que el empresario pretende mantener viva la relación contractual. La decisión empresarial puede constituir una modificación empresarial, que debió impugnarse por la vía procesal expresamente prevista en la LRJS, pero nunca en proceso de despido.

Con todo, ningún reproche cabe imputar al comportamiento procesal del trabajador despedido en el asunto del que se ocupa la STS 999/2024, pues su conducta revela en todo momento una reacción congruente con la sucesión de decisiones adoptadas por su empleadora, impugnado en primer término la MSCT resultante de la reducción de jornada a 6 horas semanales a través de demanda promovida al amparo del art. 138 LRJS, y combatiendo después como despido improcedente la extinción del contrato de trabajo basada en los arts. 51.1 y 52.c) ET que la contratista saliente le comunicó al perder el encargo de limpieza en la urbanización, con el desenlace ya conocido.

Referencias:

1. ^ El mismo ámbito funcional presenta el Convenio Colectivo sectorial para la limpieza de edificios y locales de Málaga publicado el 1 agosto 2022 en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga.

§ 79 El permiso retribuido por hospitalización de familiar o conviviente es de 5 días, ex artículo 37.3.b) del ET. Pero ¿qué pasa cuando el ingreso hospitalario dura menos de 5 días?

María Areta Martínez

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

Resumen: La SAN-SOC núm. 101/2024, de 24 de julio, estima las demandas acumuladas de conflicto colectivo interpuestas por los sindicatos CC.OO. y UGT, que instan el derecho de las personas trabajadoras a disfrutar de la totalidad del permiso retribuido de 5 días por hospitalización de familiar o conviviente del artículo 37.3.b) ET cuando, tras el ingreso hospitalario de duración inferior a 5 días, existe una prescripción médica de reposo domiciliario.

Palabras clave: Duración de permiso retribuido por hospitalización de familiar o conviviente. Prescripción médica de reposo domiciliario.

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la SAN-SOC núm. 101/2024, de 24 de julio (ECLI:ES:AN:2024:4220), que resuelve sendas demandas acumuladas de conflicto colectivo interpuestas por los sindicatos CC.OO. Industria y FICA-UGT contra las empresas Campofrío Food Group SAU y Carnes Selectas 2000 SAU.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 101/2024, de 24 de julio.

Tipo y número de procedimiento: demanda de conflicto colectivo núm. 157/2024.

ECLI:ES:AN:2024:4220.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Piñonosa Ros.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El artículo 37.3.b) del ET reconoce a la persona trabajadora el derecho a disfrutar de un permiso retribuido de 5 días por, entre otros motivos, hospitalización de un familiar o conviviente. La cuestión de fondo consiste en determinar si la persona trabajadora puede disfrutar de los 5 días de permiso cuando tras finalizar el ingreso hospitalario, que ha durado menos de 5 días, se inicia un periodo de reposo domiciliario. En definitiva, se trata de dilucidar si el disfrute íntegro de los 5 días de permiso exige o no que el sujeto causante permanezca hospitalizado durante todo ese tiempo.

En orden a la resolución de la cuestión de fondo planteada destaca el *iter* cronológico señalado a continuación:

El **13 de mayo de 1999**, la empresa Carnes Selectas 2000 SAU se constituye mediante escritura pública. La empresa Campofrío Alimentación SA (actualmente llamada Campofrío Food Group SAU) es accionista de la empresa Carnes Selectas 2000 SAU. Ambas empresas, que cuentan con NIF diferenciado, pertenecen al grupo empresarial "Grupo Sigma en Europa".

El **13 de marzo de 2024**, el sindicato CC.OO. solicita a la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo estatal de industrias cárnicas (Código de convenio núm. 99000875011981) que se pronuncie sobre el criterio utilizado por las empresas demandadas para aplicar el permiso retribuido por hospitalización de familiar.

El **6 de mayo de 2024** se celebra el acto de mediación ante el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA), que concluye sin acuerdo.

El **7 de mayo de 2024**, la Federación Estatal de Industria de Comisión Obreras (CC.OO.) interpone demanda de conflicto colectivo frente a las empresas Campofrío Food Group SAU y Carnes Selectas 2000 SAU, en la que se insta que se dicte sentencia por la que se declare *el derecho de las personas trabajadoras a disfrutar la totalidad del permiso de cinco días por intervención por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja a de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella, si tras el alta hospitalaria no se han agotado dichos cinco días y se ha prescrito reposo domiciliario al familiar o persona conviviente.*

El **8 de mayo de 2024**, la demanda de conflicto colectivo interpuesta por CC.OO. es admitida a trámite, y mediante auto de igual fecha se resuelve sobre la prueba interesada.

El **28 de mayo de 2024**, la Federación de Industria, Construcción y Agro de la UGT interpone demanda de conflicto colectivo frente a Campofrío Food Group SAU y Carnes Selectas 2000 SAU, en la que se insta que se dicte sentencia por la que se declare *el derecho de los trabajadores afectados a que el alta hospitalaria en sí misma no supone la terminación del permiso retribuido por hospitalización mientras el causante se mantenga en situación de baja médica y reposo domiciliario, en cuyo caso el trabajador tendrá derecho a que el permiso se alargue mientras dure la baja médica del causante, y hasta el máximo de días previsto en la normativa de aplicación, sean 5 conforme establece el E.T o los que permita la regulación del convenio colectivo.*

El **31 de mayo de 2024** se dicta Auto por el que se acuerda la acumulación en un único procedimiento de las demandas presentadas por CC.OO. y UGT.

El **16 de julio de 2024** se celebra el intento de conciliación judicial, que finaliza sin acuerdo, al que sigue la celebración de la vista (juicio), en la que las partes (demandante y demandada) exponen sus posiciones. Se propone y practica prueba documental e interrogatorio de la parte demandada. Se concede un plazo de 3 días

para la presentación por escrito de las conclusiones. Una vez presentados los escritos de conclusiones, los autos quedan vistos para sentencia.

El **24 de julio de 2024**, la Sala de lo Social de la AN dicta la sentencia núm. 101/2024, que ahora se comenta, resolviendo las demandas acumuladas de conflicto colectivo presentadas por CC.OO. y UGT el 7 de mayo de 2024 y el 28 de mayo de 2024, respectivamente.

IV. Posiciones de las partes

1. La parte demandante (sindicatos)

El sindicato CC.OO. señala que:

- El conflicto colectivo afecta a todas las personas que trabajan en las empresas demandadas y sometidas al Convenio Colectivo estatal del sector de industrias cárnicas (Código de convenio núm. 99001105011981).
- Tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 5/2023, el artículo 37.3.b) del ET regula un permiso retribuido de 5 días en caso de accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario. Sin embargo, las empresas demandadas no conceden la totalidad del permiso de 5 días, sea cual sea el tiempo de reposo domicilio tras el alta hospitalaria, considerando que el permiso se agota en el momento del alta hospitalaria, aun cuando el ingreso hospitalario haya durado menos de 5 días. El sindicato CC.OO. considera que, aun cuando el ingreso hospitalario haya durado menos de 5 días, la persona trabajadora tiene derecho al disfrute íntegro de los 5 días de permiso si existe una prescripción médica de reposo domiciliario tras el alta hospitalaria.

El sindicato UGT, por su parte, se adhiere a la demanda presentada por CC.OO., señalando además que el Convenio Colectivo estatal de industrias cárnicas (Código de convenio núm. 99001105011981), aplicable al caso, no ha adaptado su contenido a lo dispuesto en el artículo 37.3.b) del ET tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 5/2023. El sindicato añade que no basta con que la cuestión planteada se esté negociando en el nuevo Convenio Colectivo, sino que se trata de aplicar directamente lo dispuesto en el vigente artículo 37.3.b) del ET; todo ello sin perjuicio de las mejoras que pudieran introducirse en el nuevo Convenio Colectivo. Por tanto, el sindicato UGT considera que procede reconocer un permiso de 5 días cuando, habiendo una hospitalización inferior a 5 días, exista prescripción facultativa de reposo tras el alta hospitalaria; y ello es así en los términos previstos en el artículo 37.3.b) del ET.

2. La parte demandada (empresas)

La parte demandada (empresas) se opone a las demandas acumuladas presentadas, alegando:

- Tres excepciones procesales: 1) defecto en el modo de proponer la demanda, 2) la excepción de falta de competencia territorial de la Sala de lo Social de la AN respecto del conflicto referido a las personas trabajadoras de la empresa Carnes Selectas 2000 SAU, por disponer esta de un único centro de trabajo en la provincia de Burgos; y 3) falta de sometimiento previo de la cuestión de fondo planteada (duración del permiso por hospitalización) a la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo estatal de industrias cárnicas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 80 y en la disposición complementaria 3.5 del referido Convenio Colectivo. Los dos sindicatos demandantes solicitan la desestimación de las tres excepcionales procesales planteadas por la parte demandada.

- Las dos empresas codemandadas son distintas con CIF diferenciado, y el permiso reconocido en el artículo 50.c) del Convenio Colectivo estatal de industrias cárnicas (Código de convenio núm. 99001105011981) debe reconocerse únicamente por los días de ingreso hospitalario, es decir, mientras persista el hecho causante, que es la hospitalización.

V. Normativa aplicable al caso

La SAN-SOC núm. 101/2024, de 24 de julio, fundamenta el Fallo en la normativa y jurisprudencia señaladas a continuación:

Normativa aplicada al caso:

- Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 julio 1889).
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE núm. 245, de 11 octubre 2011).
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) (BOE núm. 255, de 24 octubre 2015): artículo 37.3.b) ET.
- Convenio Colectivo estatal de industrias cárnicas (Código convenio núm. 99001105011981) (BOE núm. 167, de 12 julio 2022): artículo 50.c), cuyo tenor literal es el siguiente: *La persona trabajadora, previa solicitud por escrito, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, en los casos que a continuación se relacionan y en aquellos otros que así estén dispuestos en el artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y por la duración que se indica: c) Dos días por accidente, muerte (excepto cónyuge o hijos), enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica que precise reposo domiciliario hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad. Si el trabajador tuviese necesidad de desplazarse fuera de su residencia, tanto en los casos previstos en este apartado c) como en el anterior b), el plazo se incrementará por el tiempo necesario para tal desplazamiento y con un límite máximo de cuatro días en total (permanencia y desplazamiento).*

Jurisprudencia aplicable al caso:

- STS-SOC núm. 752/2018, de 12 de julio (RCO núm. 182/2017. ECLI:ES:TS:2018:3202).

VI. Doctrina básica

La SAN-SOC núm. 101/2024, de 24 de julio, dictamina que, aun cuando la hospitalización del sujeto causante (familiar de la persona trabajadora o conviviente) sea inferior a 5 días, la persona trabajadora tiene derecho a los 5 días de permiso retribuido del artículo 37.3.b) del ET (en la redacción dada por el Real Decreto-ley 5/2023) cuando exista prescripción médica de reposo domiciliario tras el alta hospitalaria. La Sala llega a tal conclusión porque no cabe ignorar que el permiso del artículo 37.3.b) del ET procede no solo en caso de hospitalización, sino también para supuestos sin hospitalización que precisen reposo domiciliario. La AN completa su doctrina con dos ideas:

- **El artículo 37.3.b) del ET es una norma mínima de derecho necesario.** La Sala de lo Social de la AN señala que, dado que el artículo 37.3.b) del ET constituye una norma mínima de Derecho necesario, el convenio colectivo no puede fijar condiciones que restrinjan el disfrute del permiso retribuido reconocido por el referido precepto estatutario. Por tanto, aun cuando el artículo 50.c) del Convenio Colectivo estatal de industrias

cárnicas, suscrito el 20 de diciembre de 2021, establece que el permiso retribuido por hospitalización (de familiar) tiene una duración de 2 días, esta ha de ser de 5 días porque así lo establece el artículo 37.3.b) del ET tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 5/2023.

- **El artículo 37.3.b) del ET debe interpretarse con perspectiva de género.** La Sala de lo Social de la AN recuerda que los permisos vinculados al cuidado de familiares y convivientes son ejercitados mayoritariamente por mujeres, lo cual conduce a que cualquier duda interpretativa del artículo 37.3.b) del ET deba resolverse aplicando la perspectiva de género, ex artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007. La Sala señala que si el disfrute del permiso del artículo 37.3.b) del ET se agotase tras finalizar una hospitalización inferior a 5 días, ignorando la prescripción médica de reposo domiciliario, se estaría conculcando el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, perpetuando la llamada “brecha laboral de género”.

VII. Parte dispositiva

Previo desestimación de las tres excepciones procesales planteadas por la parte demandada (defecto en el modo de proponer la demanda, falta de competencia territorial y ausencia de consulta a la Comisión Paritaria del convenio colectivo), la Sala de lo Social de la AN falla en los términos siguientes:

- **Primero.** Estimar las demandas acumuladas de conflicto colectivo interpuesta por CC.OO. Industria y por FICA-UGT frente a las empresas Campofrío Food Group SAU y Carnes Selectas 2000 SAU (Grupo Campofrío Food Group Holding SL).
- **Segundo.** Declarar el derecho de las personas trabajadoras de las empresas demandadas a disfrutar de la totalidad del permiso retribuido de 5 días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella, si tras el alta hospitalaria no se han agotado dichos 5 días y se ha prescrito reposo domiciliario al familiar o persona conviviente.
- **Tercero.** Acordar la no imposición de costas.

VIII. Comentario

La SAN-SOC núm. 101/2024, de 24 de julio, analiza cuál haya de ser la duración del permiso retribuido del artículo 37.3.b) del ET cuando al periodo de hospitalización del sujeto causante, inferior a 5 días, sucede otro de reposo domiciliario por prescripción médica. La Sala dispone que la persona trabajadora tiene derecho a disfrutar del permiso íntegro de 5 días porque, aunque el sujeto causante ha estado ingresado menos de 5 días, se ha prescrito reposo domiciliario tras el alta hospitalaria.

Tal vez resulte oportuno destacar que el artículo 37.3.b) del ET no recoge *stricto sensu* un único permiso retribuido, sino varios permisos retribuidos diferenciados, todos ellos con igual duración de 5 días y destinados al cuidado de familiares y convivientes. El artículo 37.3.b) del ET contempla hasta cuatro supuestos distintos, no acumulativos, que determinan el derecho de la persona trabajadora a disfrutar de permiso retribuido de 5 días; son los siguientes:

- Accidente grave del sujeto causante.

- Enfermedad grave del sujeto causante.
- Hospitalización del sujeto causante.
- Intervención quirúrgica del sujeto causante, que no precisa ingreso hospitalario, pero sí reposo domicilio; dicho de otro modo: cirugía ambulatoria, en la que el sujeto causante es intervenido en el centro sanitario y realiza la recuperación postoperatoria en casa.

En el caso ahora enjuiciado, la Sala de lo Social de la AN dictamina que la persona trabajadora tiene derecho al permiso retribuido de 5 días que el artículo 37.3.b) del ET establece por hospitalización del sujeto causante, aun cuando esta haya durado menos de 5 días, y ello es así porque se ha prescrito “reposo domiciliario” tras el alta hospitalaria. La prescripción de “reposo domiciliario” posterior al alta hospitalaria no parece que sea argumento suficiente para justificar el disfrute íntegro del permiso (5 días), y ello es así porque el artículo 37.3.b) del ET vincula el permiso retribuido por “reposo domiciliario” del sujeto causante a una previa cirugía ambulatoria (sin ingreso hospitalario), supuesto que no concurre en el caso ahora examinado, donde ha habido hospitalización. Dado que el artículo 37.3.b) del ET vincula la expresión “reposo domiciliario” al supuesto de cirugía ambulatoria en exclusiva, parece oportuno no hacer uso de ella también para el supuesto de hospitalización. Por ello, tal vez resulta más clarificador llegar al mismo fallo que la Sala con la siguiente argumentación: el artículo 37.3.b) del ET fija en 5 días la duración del permiso retribuido por hospitalización del sujeto causante, sin que dicha duración legal sea mínima ni máxima, ni esté vinculada a la duración de la estancia hospitalaria ni a la fecha del alta hospitalaria. Así, basta que el sujeto causante haya sido hospitalizado para que la persona trabajadora tenga derecho a un permiso retribuido de 5 días, cuyo disfrute ha de ser íntegro, salvo que haga un uso fraudulento del mismo; esto es, siempre que responda a la necesidad de cuidar del sujeto causante, continúe o no hospitalizado. En este sentido, el alta hospitalaria no conlleva el fin automático del permiso. **El permiso retribuido tiene por finalidad cuidar del sujeto causante y cabe entender que la necesidad de cuidado existe no solo durante el periodo de hospitalización, sino también tras el alta hospitalaria y en tanto el sujeto causante no reciba el alta médica**^[1]; dicho de otro modo: cabe entender que la necesidad de cuidado se mantiene mientras el sujeto causante no reciba el alta médica. Así, si entre el ingreso hospitalario y el alta médica transcurren, al menos, de 5 días, la persona trabajadora tendrá derecho a disfrutar íntegramente del permiso retribuido de 5 días. El alta médica del sujeto causante haría desaparecer la razón de ser del permiso, que es cuidar del sujeto causante. En este sentido, el disfrute del permiso retribuido por hospitalización se mantendría no tanto en función de si existe o no prescripción de reposo domiciliario tras la hospitalización inferior a 5 días, sino de si existe o no alta médica tras la hospitalización inferior a 5 días. Así un punto clave estaría en diferenciar entre alta hospitalaria y alta médica.

En relación con **la necesidad de cuidado que justifica el permiso**, la Sala de lo Social del TS^[2] y la doctrina judicial^[3] han señalado que el permiso en cuestión no puede destinarse a *“holganza, viajes o asuntos propios” del trabajador, lo que podría constituir claros fraudes o abusos de derecho merecedores del correspondiente reproche empresarial, pero su causa remota tampoco tiene por qué agotarse en el cuidado o atención personal, física y directa al familiar, porque la enfermedad o el ingreso hospitalario de éste puede requerir de aquél otro tipo de dedicación no directamente relacionada con la atención personal, que igualmente pueda justificar la ausencia al trabajo del primero*. Por tanto, la necesidad de cuidado que justifica el permiso ha de ser entendida en un sentido amplio, incluyendo tanto la atención directa como otro tipo de dedicación (por ejemplo, ayudar al sujeto causante con determinadas gestiones durante su ingreso hospitalario o convalecencia), no siendo obligatorio que la persona trabajadora sea la única que cuida del sujeto causante ni que la necesidad de cuidado sea permanente, durante las 24 horas del día. Así sucede también con otros permisos retribuidos destinados al cuidado de familiares. No obstante, el hecho de que el artículo 37.3.b) del ET contemple expresamente la exigencia de cuidado del sujeto causante solo cuando este sea conviviente genera

confusión porque da pie a pensar que la necesidad de cuidado no es preceptiva cuando el sujeto causante sea un familiar no conviviente, desvirtuando en cierto modo la esencia del permiso y posibilitando que la persona trabajadora se ausente del trabajo para un fin distinto del cuidado del sujeto causante. Conviene recordar que: 1) el reconocimiento del permiso exige que concurra el hecho causante (hospitalización del sujeto causante) y 2) se use para el fin previsto (cuidado del sujeto causante, entendido el "cuidado" en sentido amplio).

Llegados a este punto la cuestión pasa por determinar la **acreditación que la empresa puede exigir a la persona trabajadora para disfrutar de los 5 días de permiso cuando el ingreso hospitalario dura menos**. Cabe entender que no basta con que la persona trabajadora presente un documento que acredite la hospitalización, siendo también necesario que aporte otro que acredite que se ha producido el alta hospitalaria sin emitir todavía el alta médica^[4]. El hecho de que la persona trabajadora haga un uso fraudulento o abusivo del permiso, destinándolo a holganza o a asuntos propios, *no deja de ser una posibilidad que debería examinarse en cada caso concreto*, sin que por ello se impida la aplicación general del permiso, tal y como ha sido regulado por el legislador^[5].

IX. Apunte final. El impacto de las reformas del artículo 37.3.b) del ET en los convenios colectivos

La **redacción inicial del artículo 37.3.b) del ET** establecía que *El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente: b) Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días*. A modo de apunte final merece la pena detenerse, siquiera sea brevemente, en el impacto que han tenido las dos reformas (2019 y 2023) del artículo 37.3.b) del ET en los convenios colectivos:

Primera reforma del artículo 37.3.b) del ET, adoptada en 2019: supresión del permiso retribuido por nacimiento de hijo. Tras la reforma operada por el artículo 2.Nueve del Real Decreto-ley 6/2019, el artículo 37.3.b) del ET pasó a tener la siguiente redacción: *El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente: b) Dos días por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo la persona trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días*. Además, el artículo 2.Doce del Real Decreto-ley 6/2019 modificó la redacción del artículo 48.4 del ET, equiparando la duración del periodo de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo/a para ambos progenitores. La ampliación a 16 semanas del descanso por nacimiento de hijo/a en favor del progenitor distinto de la madre se articularía de manera gradual en los términos establecidos por la nueva disposición transitoria decimotercera del ET, introducida por el artículo 2.Dieciocho del Real Decreto-ley 6/2019. Por tanto, la reforma de 2019 suprime del artículo 37.3.b) del ET toda referencia al permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo, al tiempo que amplía gradualmente hasta las 16 semanas la duración del descanso por nacimiento de hijo/a en favor del otro progenitor distinto de la madre. A partir de este momento, la cuestión consiste en determinar qué pasa con el permiso retribuido por nacimiento de hijo previsto, incluso de manera más favorable, en los convenios colectivos aprobados antes de la reforma de 2019 y que seguían vigentes tras esta. El TS dictaminó que la supresión legal del permiso retribuido por nacimiento de hijo y la equiparación de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo para ambos progenitores hacen inaplicable la cláusula convencional referida al permiso retribuido por nacimiento de hijo, incluso aun cuando mejore la derogada previsión del artículo 37.3.b) del ET^[6].

Segunda reforma del artículo 37.3.b) del ET, adoptada en 2023: ampliación de los sujetos causantes y de la duración del permiso retribuido por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que requiere reposo domiciliario. Tras la reforma operada por el artículo 127.Tres del Real Decreto-ley 5/2023, el artículo 37.3.b) del ET pasa a tener la siguiente redacción, que es la actualmente vigente: *La persona trabajadora, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente: b) Cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella.* La reforma de 2023 incorpora los siguientes cambios en el artículo 37.3.b) del ET:

- **Sujeto beneficiario del permiso:** se identifica como “persona trabajadora”, en lugar de trabajador”.
- **Sujetos causantes del permiso:** se amplían, incorporando *ex novo*: 1) el cónyuge o pareja de hecho de la persona trabajadora, 2) el familiar consanguíneo de la pareja de hecho de la persona trabajadora, y 3) cualquier persona que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y siempre que aquella requiera el cuidado efectivo de esta. Nótese que el artículo 37.3.b) del ET exige expresamente que el sujeto causante requiera el efectivo cuidado de la persona trabajadora solo cuando sea conviviente con quien no tenga ninguno de los vínculos familiares contemplados para los demás sujetos causantes. En cualquier caso, parece conveniente destacar que el permiso del artículo 37.3.b) del ET se articula como medida laboral para conciliar la vida personal y familiar con la vida laboral, de ahí que su finalidad última sea cuidar y atender las necesidades del sujeto causante, sea o no conviviente.
- **Duración del permiso:** la duración del permiso pasa a ser única y queda fijada en 5 días. Por tanto, la duración del permiso experimenta dos cambios relevantes: 1) ya no varía según que la persona trabajadora tenga o no que realizar un desplazamiento al efecto; y 2) se amplía, pasando de los 2 o 4 días (según que hubiera o no desplazamiento) a los 5 días en todo caso.

Llegados a este punto, la cuestión consiste en determinar qué pasa con los convenios colectivos aprobados antes de la reforma de 2023 y actualmente vigentes que reproducen el artículo 37.3.b) del ET en su redacción previa. Estas cláusulas convencionales no resultan aplicables, rigiendo el artículo 37.3.b) del ET, como norma mínima de Derecho necesario, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 5/2023. Cuestión distinta es qué sucede con los convenios colectivos aprobados tras la entrada en vigor de la reforma de 2023, que reproducen el artículo 37.3.b) del ET en su redacción anterior fijando, por ejemplo, que la duración del permiso es inferior a 5 días, o no incluyendo entre los sujetos causantes al cónyuge o pareja de hecho. En tal caso, cabe entender que las cláusulas convencionales resultan nulas de pleno Derecho por conculcar la legalidad vigente. El convenio colectivo debe respetar todos y cada uno de los mínimos establecidos en la norma legal de Derecho necesario relativo, que en este caso es el artículo 37.3.b) del ET.

Referencias:

1. ^ **[1]** La Sala de lo Social del TS señala que el permiso retribuido por hospitalización no se extingue por la simple alta hospitalaria si esta no va acompañada de alta médica. En este sentido, vid., por todas, STS, Sala Social, de 5 de marzo de 2012 (RCO núm. 57/2011. ECLI:ES:TS:2012:1819); STS-SOC núm. 632/2018, de 13 de junio (RCO núm. 128/2017. ECLI:ES:TS:2018:2464);
2. ^ **[2]** Por todas, vid. STS-SOC núm. 632/2018, de 13 de junio (RCO núm. 128/2017. ECLI:ES:TS:2018:2464); y STS-SOC núm. 752/2018, de 12 de julio (RCO núm. 182/2017. ECLI:ES:TS:2018:3202).
3. ^ **[3]** Por todas, vid., STSJ de Cataluña-SOC núm. 20/2024, de 6 de junio (Demanda de conflicto colectivo núm. 20/2024. ECLI:ES:TSJCAT:2024:5469); y STSJ de Aragón-SOC núm. 713/2024, de 27 de septiembre (Recurso de suplicación núm. 742/2024. ECLI:ES:TSJAR:2024:1204).
4. ^ **[4]** En este sentido, vid., por todas, STSJ de Andalucía/Sevilla-SOC núm. 1219/2019, de 2 de mayo (Recurso de suplicación núm. 907/2019. ECLI:ES:TSJAND:2019:3889).
5. ^ **[5]** Por todas, vid., STSJ de Aragón-SOC núm. 713/2024, de 27 de septiembre (Recurso de suplicación núm. 742/2024. ECLI:ES:TSJAR:2024:1204).
6. ^ **[6]** Por todas, vid., STS-SOC núm. 98/2021, de 27 de enero (RCO núm. 188/2019. ECLI:ES:TS:2021:326); STS-SOC núm. 75/2022, de 26 de enero (RCO núm. 100/2020. ECLI:ES:TS:2022:367); STS-SOC núm. 509/2022, de 1 de junio (RCO núm. 88/2020. ECLI:ES:TS:2022:2450); y STS-SOC núm. 333/2024, de 22 de febrero (RCO núm. 281/2021. ECLI:ES:TS:2024:1456).

§ 80 Trabajo autónomo no fictio en plataformas digitales de reparto. Presunción legal de laboralidad y prueba de la autonomía de la actividad de reparto a través de plataformas digitales (caso GLOVO).

María Emilia Casas Baamonde

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

Resumen: La sentencia 90/2024, de 26 de julio de 2024, de Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo nº 10, estima la pretensión principal de GLOVOAPP23, S.A, de inexistencia de relación laboral con los repartidores y anula el acta de liquidación y sanción impuesta por la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, atendiendo a las circunstancias del caso en la prestación del servicio de reparto de los repartidores, modificadas por Glovo desde la Sentencia de la Sala de lo Social en Pleno núm. 805/2020, de 25 septiembre, para reconocer su autonomía jurídica (fuera de la laboralidad). Si Glovo, a través de su plataforma digital, se limita a ejercer una actividad de intermediación entre los establecimientos los clientes y los repartidores que aceptan y efectúan libremente y con autonomía sus servicios de reparto, los repartidores son trabajadores autónomos.

Palabras clave: Plataformas digitales. Repartidores. Trabajo autónomo. Presunciones legales. Hechos probados. Principio de realidad.

Abstract: Judgment 90/2024, of July 26, 2024, of the Central Administrative Litigation Court No. 10, upholds the main claim of GLOVOAPP23, S.A., of non-existence of an employment relationship with the delivery men and annuls the joint settlement report and the sanction imposed by the General Directorate of the General Treasury of Social Security, taking into account the circumstances concurrent in the provision of the delivery service by the delivery men, modified by Glovo since the Judgment of the Social Chamber in Plenary No. 805/2020, of September 25, to recognize its legal autonomy (outside of employment). If Glovo, through its digital platform, is limited to carrying out an intermediary activity between establishments that offer consumer products or goods, customers and delivery people who accept its delivery services, the delivery people are really self-employed workers.

Keywords: Digital platforms. Riders. Self-employment. Legal presumptions. Proven facts. Principle of reality.

I. Introducción

La sentencia resuelve el recurso interpuesto por GLOVOAPP23, S.A., en adelante, Glovo, contra la resolución dictada el 9 de marzo de 2023 por el Subdirector General de Ordenación e Impugnaciones de la Tesorería General de la Seguridad Social, que confirma y eleva a definitiva el acta de liquidación NUM000 por importe de

5.053.654,77 euros, y se confirma la sanción propuesta en el acta de infracción NUM001 por importe de 10.676.853,00 euros. Examinado el modo de prestación de servicios por trabajadores de Glovo, después de diversos cambios operados por Glovo en el funcionamiento de su plataforma digital, la sentencia contencioso-administrativa concluye que no hay relación laboral entre los repartidores y Glovo y que aquellos ejercen su actividad de reparto de pedidos entre establecimientos y clientes a través de la plataforma de Glovo en condiciones de real autonomía.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo núm. 10.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 90/2024, de 26 de julio.

Tipo y número o procedimiento: procedimiento ordinario núm. 34/2023.

ECLI: ES:AN:2024:4355

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilmo. Sr. D. Gregorio del Portillo García.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Los problemas suscitados son los muy relevantes, en el ámbito teórico y en su aplicación práctica, de si es lícito y legalmente posible el trabajo autónomo en el ámbito de las plataformas digitales de reparto, o si ese trabajo está excluido por la presunción de laboralidad de la disposición adicional 23ª del ET (procedente de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre), y si, en la realidad del funcionamiento de las plataformas digitales de reparto, caben repartidores autónomos no ficticios o falsos, o si, por el contrario, la gestión algorítmica del servicio de reparto lleva implícito en todo caso el ejercicio de facultades empresariales de organización, que sitúa esa actividad en el terreno jurídico de la laboralidad, o en el de la falsa autonomía. Ambos problemas están íntimamente unidos.

Por resolución de 9 de marzo de 2023 el Subdirector General de Ordenación e Impugnaciones de la Tesorería General de la Seguridad Social confirmó y elevó a definitiva el acta de liquidación girada a Glovo por importe de 5.053.654,77 euros y, conjuntamente, confirmó en parte la sanción propuesta en el acta de infracción por la misma empresa por importe de 10.676.853,00 euros. El Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social, por resolución de 7 de junio de 2023, confirmó la resolución del subdirector general de ordenación e impugnaciones, desestimando el recurso de alzada interpuesto por Glovo.

Agotada la vía administrativa, Glovo interpone recurso ordinario contra la resolución citada del Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social, que resuelve el Juzgado Central Contencioso-administrativo nº 10 a través de esta sentencia, que estima la pretensión principal de la demandante de inexistencia de relación laboral con los repartidores y anula las actas de liquidación y sanción impugnadas.

IV. Posición de las partes

La demandante Glovo solicitó la anulación del procedimiento por haber sido dictados los actos por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, y subsidiariamente por sus defectos de nulidad o anulabilidad por inexistencia de relación laboral entre Glovo y los repartidores que organizan y ejercen su actividad en régimen de autonomía, y no de trabajo subordinado, falta de concurrencia del elemento de dolo o culpa cuanto menos por el periodo comprendido desde la sentencia de la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo núm.

805/2020, de 25 septiembre^[1]. Debía en todo caso minorarse la liquidación en el importe que resultase de excluir a los repartidores relacionados por Glovo por no haber mantenido actividad con la recurrente. También subsidiariamente pedía Glovo que se dejase sin efecto el recargo propuesto. Y la condena en costas de la Administración demandada. Los *riders* son auténticos trabajadores autónomos.

La Administración demandada se opuso a la demanda, alegando que Glovo ejerce una facultad de dirección y control de la actividad desarrollada por los repartidores a través de la plataforma digital de reparto -app- de la que es propietaria, que determina la aplicabilidad de la decisión adoptada por el Tribunal Supremo en la sentencia mencionada a Glovo también al supuesto de autos y solicitó que se dictara sentencia confirmatoria de la resolución recurrida, con imposición de costas a la demandante. Los *riders* son trabajadores por cuenta ajena.

Recibido el pleito a prueba y practicada la admitida, en su escrito de conclusiones de 15 de abril de 2024 Glovo reiteró lo manifestado en su demanda y solicitó el planteamiento de una cuestión judicial previa al Tribunal de Justicia, con estas preguntas: "1ª) ¿Encaja en la noción de "trabajador" que Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, relativa [...a] determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y, por tanto, entra en su ámbito de aplicación, una relación jurídica [...] en la que *de facto* y *de iure* el prestador de servicios goza de la facultad contractual de utilizar subcontratistas o sustitutos para realizar los servicios a los que se obliga, del derecho de no aceptar las tareas que le son asignadas, de la libertad de proporcionar sus servicios a cualquier tercero, incluidos los competidores directos de quien lo contrata, y de la libertad de fijar sus propias horas de trabajo y adaptar el horario a su conveniencia en lugar de atender a los intereses exclusivos de su empleador? 2ª) ¿Pueden el legislador o los tribunales nacionales, sobre la base de la existencia de un concepto propio de trabajador, ampliar el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y, concretamente, el de la Directiva 2003/88/CE?".

La Administración demandada presentó sus conclusiones el 25 de abril, oponiéndose, de nuevo, a las pretensiones de la demanda, así como al planteamiento de la cuestión prejudicial.

V. Normativa aplicable al caso

Estatuto de los Trabajadores

"Disposición adicional vigesimotercera. Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto.

Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital.

Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma".

VI. Doctrina básica

1. Sobre la innecesariedad de elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia

La sentencia rechaza elevar al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial solicitada por Glovo. El pleito se encuentra en primera instancia y el art. 267 TFUE deja en la decisión del órgano jurisdiccional nacional el planteamiento de la cuestión prejudicial si lo estima necesario para poder emitir su fallo, siendo obligatorio el planteamiento cuando se trate de un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, siempre que el órgano jurisdiccional abrigue esa necesidad. No la tiene el Juzgado Central de lo Contencioso-

administrativo nº 10, que razona que ya existen decisiones judiciales nacionales y comunitarias que han resuelto pretensiones como las aquí deducidas, tanto para Glovo como para otras empresas con similar operativa, sin haber precisado de un pronunciamiento prejudicial del Tribunal de Justicia. Recuerda que la citada Sentencia núm. 805/2020, de 25 septiembre, de la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo denegó a Glovo el planteamiento de esta cuestión prejudicial por considerarla aclarada por el Auto del Tribunal de Justicia, Sala Octava, de 22 de abril de 2020, C-692/19, *B c. Yodel Delivery Network Ltd*, que estableció la interpretación del concepto de trabajador a efectos de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la organización del tiempo de trabajo. Descarta el Tribunal de Justicia la aplicación de la calificación de “trabajadora”, en el sentido de esta directiva, a una persona contratada por su presunto empresario sobre la base de un contrato de servicios celebrado con una empresaria independiente, que tiene las facultades de utilizar subcontratistas o sustitutos para llevar a cabo el servicio comprometido; es libre de aceptar o no las diversas tareas ofrecidas por su presunto empleador, o de fijar unilateralmente un número máximo; puede prestar sus servicios a terceros, incluidos competidores directos del presunto empleador, fijar su propio horario de “trabajo” dentro de ciertos parámetros, y organizar su tiempo para adaptarlo a su conveniencia personal y no únicamente a los intereses del presunto empleador. La independencia de esta persona no debe ser ficticia, por lo que no debe existir un vínculo de subordinación con su presunto empleador. Todo lo cual corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional comprobar.

Concluye el Juzgado que, para resolver el objeto del recurso, debe de “apreciar las circunstancias concretas en que desempeñan su trabajo las personas a que se refieren las resoluciones impugnadas y, a la luz de las normas internas y comunitarias, así como de las resoluciones dictadas por otros órganos judiciales, de ambos ámbitos, decidir en qué modelo encajan, decisión que corresponde al juez nacional aplicando también las normas y jurisprudencia comunitarias”.

2. Sobre el motivo esencial de la demanda

Sobre la pretensión de Glovo de que no es laboral la relación jurídica que mantiene con los repartidores (riders) identificados en las actas de la Inspección de Trabajo, la sentencia vuelve a la doctrina del Auto del TJ *B c. Yodel Delivery Network Ltd*, que reproduce, y a la de la sentencia de la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo 805/2020, de 25 de septiembre, que resuelve que la relación existente entre un repartidor con contrato de trabajador autónomo económicamente dependiente y la empresa Glovo tiene naturaleza laboral por las razones que expone, que también reproduce. Dejó hecha la advertencia la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en aquella sentencia que en “la sociedad postindustrial la nota de dependencia se ha flexibilizado”; y que las “innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios. La existencia de una nueva realidad productiva obliga a adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas (art. 3.1 del Código Civil)” (FD 7º).

La sentencia comentada repasa el art. 1 del ET y los arts. 1, 11 y 15 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. Reitera que su razón de decidir ha de partir “del examen de las circunstancias concretas en que los trabajadores identificados en las actas desempeñaban su función para Glovoapp23, para determinar si ésta ejerce sobre aquellos las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de su plataforma digital (disposición adicional 23 del ET), con intensidad suficiente para abolir” la independencia de los repartidores defendida por Glovo (facultad de los repartidores de utilizar subcontratistas o sustitutos para realizar el reparto; de aceptar o rechazar las tareas ofrecidas por Glovo o de establecer unilateralmente el número máximo de esas tareas; de proporcionar sus servicios a cualquier tercero, incluidos los

competidores directos de Glovo; y de fijar sus propias horas de "trabajo" y adaptar su tiempo a su conveniencia personal en lugar de únicamente los intereses del supuesto empleador). Lo que el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo va a decidir, en definitiva, es si la independencia de los repartidores incluidos en las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es o no ficticia y si existe una relación de subordinación entre los repartidores y Glovo.

La sentencia decide tan importantes cuestiones respondiéndolas negativamente (ni la independencia de los repartidores es ficticia, ni existe subordinación de los repartidores respecto de Glovo). Lo que significa que estima la pretensión principal de Glovo.

3. Sobre la valoración de la prueba del principio de realidad: el cambio de condiciones de ejercicio de la actividad de reparto tras la Sentencia de la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal supremo

La sentencia describe el objeto social del Glovo, los contratos mercantiles celebrados entre Glovo y los establecimientos que contratan sus servicios -uso de su app para ofertar sus productos- como empresas "partners", y, si los usuarios de la app y consumidores de las citadas tiendas lo solicitan, su función de intermediación en la entrega inmediata de los productos mediante glovers o riders, que se encargan del servicio de reparto de los productos desde el establecimiento al usuario y celebran con Glovo un contrato de trabajador autónomo económicamente dependiente conforme a la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo.

Indica la sentencia que obran en el expediente administrativo complementario remitido al juzgado, en la carpeta "couriers Valencia", los contratos mercantiles suscritos entre Glovo y los repartidores identificados en las actas, la resolución de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos de la seguridad social, la justificación documental del inicio de la actividad económica, la declaración censal a efectos fiscales y las facturas emitidas por los repartidores por la prestación de su actividad de reparto. Y precisa que esta documentación fue refrendada por la contestación de la Agencia Tributaria al oficio remitido por el juzgado, a instancia de Glovo, al admitir que el título jurídico en virtud del cual se desarrollaron los servicios prestados por los "riders" o "couriers" fue el contrato de trabajadores autónomos económicamente dependientes y, en menor medida, el contrato de arrendamiento de servicios, al haber facturado sus servicios y cumplido las obligaciones tributarias correspondientes a dichas relaciones jurídicas.

A partir de aquí el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo procede a valorar la prueba practicada en el proceso para determinar la naturaleza jurídica de la relación existente entre Glovo y los repartidores. Las declaraciones de un testigo perito y de dos peritos más, todos ellos trabajadores de Glovo, confirmaron las certificaciones aportadas por Glovo con su demanda, que ponen de manifiesto la libertad de los repartidores para desistir unilateralmente de pedidos previamente aceptados y para no acudir a las franjas horarias previamente reservadas (slots) con el fin de recibir pedidos, sin condicionamiento o penalización alguna. Glovo había hecho cambios en el funcionamiento de la aplicación "y en la segunda etapa, que se corresponde con el periodo objeto de las actas objeto del proceso, se eliminó cualquier incentivo o restricción para la reasignación de pedidos". No era el algoritmo el que asignaba un pedido concreto a un repartidor, sino el repartidor el que lo elegía y aceptaba, pulsando en la aplicación o manualmente; los repartidores únicamente tenían que estas geolocalizados en el momento de asignación del reparto, escogían libremente los itinerarios, podían simultanear el reparto con los de otras plataformas. "En esta segunda fase los repartidores empezaron a pagar por la utilización de la aplicación, realizándose un ajuste, correspondiente al cobro por uso de la aplicación, en las facturas que emitían"; negociaban los precios y podían emitir facturas por sus servicios y contratar sustitutos. "La empresa carece de una estructura que permita ningún tipo de control y seguimiento de los repartidores".

La testifical del Inspector de Trabajo y Seguridad Social destinado en Valencia, que levantó las actas objeto de controversia, tras ratificar su contenido, puso de manifiesto que Glovo había ido modificando formalmente cláusulas contractuales, tanto con los partners, los clientes y los repartidores, que no variaban la situación anterior. La plataforma de Glovo “dirige, organiza y controla todo”, aunque Glovo suscribe con los repartidores contratos de prestación de servicios de trabajadores autónomos económicamente dependientes; había valoración de los repartidores por la plataforma para la asignación de pedidos en determinadas franjas horarias, por las empresas y por los clientes (sistema de excelencia), asignándose un número de puntos a cada repartidor; la libertad del glover para elegir, horarios y días de trabajo, está condicionada por este sistema de excelencia, y también su retribución; cuando le llega el pedido está obligado, en principio, a hacerlo, si lo rechazase se reasigna, pero no el repartidor sino la plataforma y eso puntúa a la baja, aunque puede hacerlo libremente; no podían designar sustituto ni subcontratar, ni tomar personal a su cargo; en los contratos de prestación de servicios se establece todo un elenco de causas de extinción del contrato, muchas de las cuales replican las causas de extinción de despido del ET; el precio se fija, “en la fase investigada”, por la empresa Glovo e incluye la tarifa, el kilometraje, el tiempo de espera.

En el acta de liquidación, referida a un total de 2.701 repartidores, consta que la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social elaboró un cuestionario con 40 preguntas sobre las condiciones de su prestación de servicios “quedando un total de 1.398 seleccionados para la encuesta...”, contestando alrededor de 800, sin que las entrevistas consten unidas al expediente administrativo, pese a haber solicitado Glovo su aportación en el escrito de proposición de prueba y ser requerida esa aportación en dos ocasiones por el juzgado.

La sentencia afirma que esta circunstancia, “unida a la valoración estadística de las pretendidas respuestas, determina la imposibilidad de que prevalezcan las conclusiones deductivas de ellas derivadas consignadas por el inspector en el acta, debiendo claudicar frente al resultado de la prueba directamente practicada a presencia judicial, que, en lo esencial, resulta refrendada por los documentos aportados por la demandante, tanto en sede judicial como durante la tramitación del expediente administrativo, en concreto las certificaciones aportadas al proceso y corroboradas de forma convincente por los testigos comparecientes y las respuestas remitidas al Juzgado por la AEAT y la TGSS de las que se desprende con certeza que los repartidores, riders, en el período a que se refieren las actas podían reasignar los pedidos que libremente rechazaban o pasarlos a sustitutos, conclusión que no excluye el hecho de que no pudieran, en el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tal y como se pactó en el contrato suscrito con Glovo, pues dicha imposibilidad es precisamente uno de los requisitos exigidos en la ley para tener la condición de autónomo dependiente; ni el hecho de que también se reasignasen los pedidos rechazados directamente por la aplicación, pues incluso siendo así el ámbito de libertad del autónomo era muy relevante habida cuenta la posibilidad de actuar en manual, en muchos casos asumida por los repartidores, de donde se concluye que la decisión respecto de la elección del sustituto dependía casi siempre de él. Tampoco es relevante, en este aspecto concreto, que la persona designada tuviese que estar dada de alta en la aplicación de Glovo, pues ello es una exigencia propia del proceso productivo en el que estaban implicados los establecimientos partners, los usuarios, destinatarios finales del producto, los riders que recogían el producto y lo entregaban en destino, con la propia empresa gestora de la aplicación, pues todas las interacciones que se producen durante su desarrollo han de realizarse a través de ella, circunstancia que de modo reiterado es utilizada por la TGSS como evidencia del “poder de dirección de Glovo”, pero que, en realidad [...] no lo es, porque en cualquier caso, como bien han explicado personas encargadas de su gestión y funcionamiento, los datos son introducidos individualmente por los diferentes sujetos y ni la aplicación, ni quien es responsable de su funcionamiento, puede influir en la interacción concreta de que se trate: la empresa partner cuelga en la aplicación, app, los productos que

estima oportunos para su venta; el cliente solicita la entrega de aquellos determinados productos que le interesan en una dirección determinada, introduciendo en la aplicación los datos correspondientes a la dirección de entrega donde estima oportunos y, finalmente, en lo que aquí interesa, el repartidor elige libremente si quiere asumir el encargo de transporte o no, así como el camino a seguir para realizar la entrega, haciéndolo además con la aplicación activa o cerrada, actuando en forma manual y, simplemente, una vez terminado el proceso ha de introducir en ella el dato que da cuenta que su culminación”.

Prosigue la sentencia: “es un hecho probado derivado de las declaraciones y la documental de la AEAT y de la TGSS, [...que] el rider puede simultanear, a su voluntad, la ejecución de cada transporte con otra u otras empresas dedicadas a la misma actividad; puede por lo tanto “proporcionar sus servicios a cualquier tercero, incluidos los competidores directos del supuesto empleador”, y con ello queda excluida la posibilidad de que uno de los empresarios ejerza un efectivo control de dirección sobre su actividad, máxime cuando dicha facultad es ejercida simultáneamente, pues como hemos visto puede utilizar si le conviene un mismo desplazamiento para entregar más de un pedido del mismo o diferentes proveedores del servicio (app), haciendo imposible que se pueda sostener “la existencia de una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador”.

Y añade: Igualmente se desprende de la prueba practicada que el repartidor podía “aceptar o no aceptar las diversas tareas ofrecidas por su supuesto empleador, o establecer unilateralmente el número máximo de esas tareas... y... fijar sus propias horas de “trabajo” dentro de ciertos parámetros y adaptar su tiempo a su conveniencia personal en lugar de únicamente los intereses del supuesto empleador”, parámetros perfectamente compatibles con el hecho de que hubiera que conectarse (entrar) en la aplicación en determinados momentos, que no vienen marcados por el deseo ni la voluntad de quien ha elaborado y explota la aplicación, sino por las circunstancias propias del mercado en el ámbito en que se desenvuelve la actividad, principalmente la entrega rápida de comida solicitada por el usuario para su consumo inmediato, o recepción inmediata.

No es clara la prueba del sistema de valoración que tenía en cuenta rechazos o ausencias en franjas horarias previamente solicitadas por los repartidores, pero sí ha quedado plenamente acreditado, según la sentencia, que esa valoración tenía una repercusión mínima en la posibilidad de los repartidores de acceder a los pedidos, careciendo de cualquier consecuencia disciplinaria.

El oficio de 16 de marzo 2021 del Director de la Dirección Especial de la Inspección, dirigido a las diferentes Direcciones Territoriales y Jefes Provinciales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre “Actuaciones de la ITSS sobre plataformas de reparto de productos a domicilio tras la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020”, y la “Nota informativa de la Dirección Especial relativa a la coordinación de actuaciones de las actuaciones Inspectoras en las plataformas de reparto de productos a domicilio” de 4 de mayo de 2021, contienen las instrucciones a seguir en las diferentes actuaciones de inspección provinciales, instrucciones que predeterminan la valoración de las pruebas practicadas y su interpretación, dirigida a apreciar la existencia de las notas de la laboralidad del art. 1 del ET y de la sentencia del Tribunal Supremo 805/2020, de 25 de septiembre. Por ello, el Inspector de Trabajo actuante, aunque reconoció los cambios realizados por Glovo en su modelo organizativo, los consideró irrelevantes “para cambiar la naturaleza de la relación jurídica”, al igual que el escrito de contestación a la demanda, en el que la Tesorería General de la Seguridad Social denunció que Glovo “decidió seguir expandiendo su modelo de falso trabajo autónomo y contratar a miles de autónomos más [...]”. Para la sentencia esa actuación y opinión encerraban un prejuicio, materializado en la desautorización de las modificaciones reiteradamente introducidas por Glovo en el funcionamiento de su plataforma con el fin de acomodarse a la legalidad y a los criterios jurisprudenciales para desarrollar su objeto social legítimamente en el mercado con trabajadores autónomos, sin determinar si ese resultado se había

alcanzado o no. Lo que el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo no comparte es que las modificaciones introducidas por Glovo "se interpretan por la inspección *"ab initio"* como intentos de evitar, eludir, soslayar, esquivar, "sortear" dichos requisitos jurisprudenciales" y legales.

La nueva disposición adicional 23ª del ET, procedente de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, incorpora los criterios establecidos por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia 805/2020 de 25, septiembre, que estableció la necesidad de adaptar los requisitos de dependencia y ajenidad al trabajo en las plataformas digitales de reparto; requisitos que, en la interpretación del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo, no concurren en el caso, pues Glovo no ejercía sobre los riders poder de dirección alguno, desde el momento en que éstos podían conectarse o no a su plataforma para atender pedidos y el libre ejercicio de dicha posibilidad carecía de repercusión real alguna en el acceso a dichos pedidos.

La relación jurídica de Glovo con los repartidores, a través de su app, no era laboral.

4. Sobre la competencia de la dirección especial de la inspección de trabajo y seguridad social, la supuesta fragmentación artificiosa de actuaciones administrativas y las actuaciones de las direcciones provinciales, y la presunta vulneración de las garantías del CEDH de presunción de inocencia, contradicción, non bis in idem en materia procedimental y los derechos a guardar silencio y a no autoincriminarse y a la legalidad penal en procedimientos sancionadores

Baja el interés de la sentencia al resolver esta pretensión de la demandante, que desestima, por las razones recogidas en su FD 4º.

La denuncia de mayor fuste es la relativa al derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores y determinante de que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, aunque la carga de la argumentación y de la prueba recaiga sobre quien demanda recae, con independencia de cuál sea el objeto del proceso.

La sentencia expresa una desautorización sin concesiones de la actividad probatoria de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, que califica de prejuzgada, cuyas actas de liquidación e infracción/sanción anula por inexistencia de relación laboral. Pero recuérdese que, pese a esa abierta desautorización probatoria, no ha habido costas en la sentencia. La sentencia se mueve con prudencia en la ponderación de la afectación de del derecho fundamental a la presunción de inocencia por la actuación administrativa. Dice así su FD 4º: "No se ha vulnerado principio alguno del ámbito penal alegados: el principio de presunción de inocencia porque la Tesorería en el ámbito de este proceso ha practicado unas pruebas que considera suficientes para llegar a la conclusión de que nos hallamos ante un supuesto de liberalidad, aun cuando en esta sentencia se llegue a la conclusión contraria ello no implica que la decisión administrativa se haya adoptado sin la existencia de prueba alguna. Cosa distinta, que no afecta al principio, es que entendamos, como hemos explicado, que al partir de un prejuicio en su práctica y valoración, tras su contraste con las pruebas practicadas en este recurso, no resulte suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia". Vuelve la desautorización del prejuicio.

5. Sobre la competencia del Subdirector General de Ordenación e Impugnaciones para dictar la resolución confirmatoria de la liquidación de cuentas practicada y sanción administrativa impugnada

La sentencia desestima también esta pretensión de Glovo al considerar que la resolución administrativa impugnada se dictó por el órgano competente para su dictado, conforme al ordenamiento vigente. Por lo demás, el acto administrativo impugnado ha sido dictado por el Director General de la TGSS, resolviendo el recurso

de alzada interpuesto por Glovo, por lo que la presunta falta de competencia habría quedado subsanada.

En cuanto a las alegaciones de Glovo sobre la improcedencia del recargo y la ausencia de culpabilidad respecto de la infracción quedan sin sustento, al estimar la sentencia el recurso por no apreciarse laboralidad en el vínculo existente entre los repartidores y Glovo, y no existir infracción. La sentencia deja sin efecto las actas de liquidación, el requerimiento de abono de diferencias y la resolución sancionadora, y afirma que “desaparece el sustrato fáctico de la infracción”.

VII. Parte dispositiva

“ESTIMO EL RECURSO INTERPUESTO POR GLOVOAPP23, S.A., [...] contra la resolución dictada por su DIRECTOR GENERAL, el día 7/06/2023, acordando “Estimar parcialmente el recurso formulado [...], en nombre y representación de la empresa “GLOVOAPP23, S.L.”, contra la resolución dictada el 9 de marzo de 2023 por el Subdirector General de Ordenación e Impugnaciones de la Tesorería General de la Seguridad Social, mediante la cual se confirma y eleva a definitiva el acta de liquidación número NUM000 y se confirma la sanción propuesta en el acta de infracción número NUM001, si bien, debiendo minorarse la liquidación en el importe que resulte de excluir a los trabajadores a los que se ha hecho referencia en el Fundamento de Derecho quinto. Asimismo, se acuerda corregir el error material contenido en la resolución impugnada, de manera que, en el Fundamento de Derecho Cuarto de la misma, apartado 2), donde dice “A.1. 1382022007000222” debe decir “A.1. 1462022007000405”.”, resoluciones que ANULO Y DEJO SIN EFECTO porque no son ajustadas a Derecho. Cada parte abonará las costas procesales causadas a su instancia”.

En el pie de recursos la sentencia afirma que “NO es FIRME al caber contra ella recurso de apelación, que deberá formalizarse mediante escrito razonado, que deberá contener las alegaciones en que se funde, a presentar ante este juzgado en el plazo de quince días”.

VIII. Pasajes decisivos

- “De esta normativa y doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Supremo como del de Justicia de la Unión Europea, a las que se refieren en sus alegaciones ambas partes, se desprende que la cuestión litigiosa ha de resolverse a partir del examen de las circunstancias concretas en que los trabajadores identificados en las actas desempeñaban su función para Glovoapp23, para determinar si ésta ejerce sobre aquellos las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de su plataforma digital (disposición adicional 23 del ET), con intensidad suficiente para abolir la facultad de dichos trabajadores de utilizar subcontratistas o sustitutos para realizar el servicio que se ha comprometido a proporcionar; aceptar o no aceptar las diversas tareas ofrecidas por su supuesto empleador, o establecer unilateralmente el número máximo de esas tareas; proporcionar sus servicios a cualquier tercero, incluidos los competidores directos de Glovo y fijar sus propias horas de “trabajo” dentro de ciertos parámetros y adaptar su tiempo a su conveniencia personal en lugar de únicamente los intereses del supuesto empleador. Siempre que la independencia de los trabajadores no sea ficticia y que no sea posible establecer la existencia de una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador [...] (FD 2º).

- “[...] hemos de examinar si, a la vista de la prueba practicada en este proceso, se dan o no los requisitos recogidos en el auto del TJUE y en la sentencia del Tribunal Supremo mencionados, para concluir si nos hallamos ante una relación laboral por cuenta ajena, en la que Glovo actúa como empresario y los repartidores como trabajadores por cuenta ajena, tal y como postula la TGSS o, si la primera es una intermediaria que, a través de su app, facilita la recogida de los productos en las empresas partner y entrega al destinatario por los riders” (FD 3º).

- “[...] del resultado de la prueba directamente practicada a presencia judicial [...] refrendada por los documentos aportados por la demandante, tanto en sede judicial como durante la tramitación del expediente administrativo, en concreto las certificaciones aportadas al proceso y corroboradas de forma convincente por los testigos comparecientes y las respuestas remitidas al Juzgado por la AEAT y la TGSS [...] se desprende con certeza que los repartidores, riders, en el período a que se refieren las actas podían reasignar los pedidos que libremente rechazaban o pasarlos a sustitutos” (FD 3º).

- “Además, y ello es un hecho probado derivado de las declaraciones y la documental de la AEAT y de la TGSS, el rider puede simultanear, a su voluntad, la ejecución de cada transporte con otra u otras empresas dedicadas a la misma actividad; puede por lo tanto “proporcionar sus servicios a cualquier tercero, incluidos los competidores directos del supuesto empleador”, y con ello queda excluida la posibilidad de que uno de los empresarios ejerza un efectivo control de dirección sobre su actividad, máxime cuando dicha facultad es ejercida simultáneamente, pues como hemos visto puede utilizar si le conviene un mismo desplazamiento para entregar más de un pedido del mismo o diferentes proveedores del servicio (app), haciendo imposible que se pueda sostener “la existencia de una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador” (FD 3º).

- “Igualmente se desprende de la prueba practicada que el repartidor podía “aceptar o no aceptar las diversas tareas ofrecidas por su supuesto empleador, o establecer unilateralmente el número máximo de esas tareas... y... fijar sus propias horas de “trabajo” dentro de ciertos parámetros y adaptar su tiempo a su conveniencia personal en lugar de únicamente los intereses del supuesto empleador”, parámetros perfectamente compatibles con el hecho de que hubiera que conectarse (entrar) en la aplicación en determinados momentos, que no vienen marcados por el deseo ni la voluntad de quien ha elaborado y explota la aplicación, sino por las circunstancias propias del mercado en el ámbito en que se desenvuelve la actividad, principalmente la entrega rápida de comida solicitada por el usuario para su consumo inmediato, o recepción inmediata” (FD 3º).

- “[...] en la afirmación del inspector que ha elaborado el acta, tanto en ella como en su comparecencia ante el Juzgado, de que [...] Glovo ha venido funcionando siempre de la misma manera; sosteniendo primero que no se hicieron modificaciones para luego admitir que sí se llevaron a cabo algunas, pero desde luego irrelevantes para cambiar la naturaleza de la relación jurídica y sólo para enmascarar la realidad en beneficio de su interés comercial. Así como en las contenidas en el escrito de contestación a la demanda “...las condiciones de trabajo acreditadas en las actuaciones inspectoras a que se refieren las actas que nos ocupan son sustancialmente las mismas que las comprobadas en las actuaciones inspectoras precedentes, concurriendo en los hechos comprobados los mismos decidió seguir expandiendo su modelo de falso trabajo autónomo y contratar a miles de autónomos más, tal y como reiteradamente se ha expresado...” (FD 3º).

- “Lejos de ello, la empresa ha modificado los modelos de contratación mercantil para tratar de sortear los indicios de laboralidad acreditados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y por los Tribunales de Justicia, llegando a implantar a partir del 12 de agosto de 2021, un nuevo modelo que sería compatible, según alega, con el recurso al trabajo autónomo...”, que evidencian el perjuicio [...] que planea sobre toda la actividad de la TGSS [...] y que se materializa en que, aun constatadas modificaciones reiteradamente introducidas por Glovo en el funcionamiento de su plataforma, app, dicho de otra forma, en la concreción de las relaciones con los riders dentro de su objeto social de intermediación, que objetivamente tienden a ajustarse a los criterios jurisprudenciales exigidos para que su actividad pueda considerarse como la correspondiente a los trabajadores autónomos, que es el modelo, legítimo, en cuanto previsto en la ley, con el que pretende actuar en el mercado, independientemente de que dichas modificaciones sean o no suficientes al efecto pretendido, es decir cumplan o no los requisitos exigidos en las leyes, cuestión a

resolver tras su examen objetivo, se interpretan por la inspección "ab initio" como intentos de evitar, eludir, soslayar, esquivar, "sortear" dichos requisitos jurisprudenciales, interpretación que no compartimos por las razones que se han expuesto" (FD 3º).

- "No podemos dejar de insistir en que la aplicación de Glovoapp23 no permitía que pudiera "obligar" a cualquier repartidor de los registrados en ella a conectarse, estar disponible, en un determinado momento y ello daba lugar con cierta frecuencia a la pérdida de pedidos por falta de repartidores en ese concreto momento y es que [...] no podemos desvincular el ejercicio de la labor desarrollada por el rider de las circunstancias concretas de la actividad articulada a través de la app, que consiste, básicamente, en poner productos de alimentación a disposición de cualquier usuario de la aplicación que los solicita para su consumo inmediato, sin que con antelación se pueda conocer ni la intensidad de la demanda, ni su objeto concreto, ni el lugar de recogida o entrega, circunstancias que se concretan siempre de manera individual, con cada pedido y que, no solo hacen inoperante el control sobre los repartidores, sino otras facetas de dicha relación de servicios, como por ejemplo el pago del precio pactado en el contrato que, necesariamente, ha de calcularse partiendo del número de servicios prestados y respecto del que no es ajeno el éxito de la actividad del rider, puesto que si no se entrega el producto por causa que le sea imputable puede no cobrarlo" (FD 3º).

- "En definitiva, se ha demostrado en este proceso que la autonomía de los riders no es aparente, que gozan de una amplia libertad para desarrollar su cometido y que Glovoapp23 no ejerce un efectivo poder de dirección y control sobre ellos, cumpliéndose con ello también el requisito a que alude la sentencia del Tribunal Supremo Sala IV, Pleno, de 25 de septiembre de 2020, y con ello procede la estimación de la pretensión principal de la actora" (FD 3º).

- "Las alegaciones referentes a la improcedencia del recargo y de la ausencia de culpabilidad respecto de la infracción quedan sin virtualidad a la vista de lo razonado más arriba, pues al proceder estimar el recurso por no apreciarse laboralidad en el vínculo existente entre los repartidores, riders, y Glovoapp23, procede dejar sin efecto las actas de liquidación, el requerimiento de abono de diferencias y la resolución sancionadora, puesto que desaparece el sustrato fáctico de la infracción" (FD 6º).

IX. Comentario. ¿elusión o cumplimiento de la regulación legal sobre la presunción legal de laboralidad del trabajo de reparto prestado a través de plataformas digitales y de la doctrina unificada de la sala de lo social del tribunal supremo?

La sentencia 90/2024, de 27 de julio de 2024, del Juzgado Central Contencioso-administrativo nº 10, no ha apreciado la "laboralidad del vínculo existente entre los repartidores, *riders*, y Glovoapp23" (FD 6ª). Ha llegado a esa conclusión después de la valoración de la prueba aportada por las partes al proceso y la comprobación de las condiciones en las que los repartidores prestan el servicio de reparto de productos de los establecimientos a los usuarios a través de la plataforma digital de Glovo tras los cambios introducidos por Glovo para "cumplir" la sentencia de la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo 805/2020, de 25 de septiembre, que resolvió que la relación existente entre un repartidor con contrato de trabajador autónomo económicamente dependiente y Glovo tenía naturaleza laboral por las razones allí expuestas. Glovo procede a modificar las condiciones de los repartidores que, conforme al criterio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, determinaban la naturaleza laboral de su relación jurídica con los repartidores. Y la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, de primera instancia, obtiene la convicción de que ese cambio de condiciones destruye la naturaleza jurídico-laboral de la prestación del servicio de reparto; que, en ese nuevo modelo o fase, Glovo no ejerce un efectivo poder de dirección y control sobre los repartidores, sino que meramente intermedia en su actividad de reparto entre establecimientos y clientes; y que así cumple el requisito de la sentencia del Tribunal Supremo, de su Sala de lo Social en Pleno, de 25 de

septiembre de 2020. De este modo procede a la estimación de la pretensión principal de Glovo.

Glovo no elude la jurisprudencia ni la legalidad laboral. Organiza un distinto modelo de plataforma al enjuiciado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que la sentencia comentada aprecia, valorando la prueba practicada, que cae fuera del terreno que la jurisprudencia y la ley definen como laboral por la presencia de sus notas caracterizadoras, en especial la ajenidad -en sus diferentes variantes- y la dependencia -en sus diversas modalidades e intensidades-

La cuestión esencial que subyace a la sentencia es la de si el trabajo de reparto en el ámbito de las plataformas digitales puede legal y realmente organizarse en régimen de autonomía, y no exclusivamente de subordinación -de "laboralidad"-, en atención al juego de la presunción legal contenida en la disposición adicional 23ª del ET, y al principio de realidad, esto es, a los hechos concurrentes en esa organización; en el caso, Glovo había recurrido a formalizar su relación contractual con los repartidores mediante contratos de TRADES en un modelo" de plataforma digital distinto, evolucionado, en el que pagan a Glovo por el uso de la app, tienen libertad para prestar el servicio de reparto (salvo los *slots* o reservas de franjas horarias en función de puntuaciones de excelencia cuyo incumplimiento la sentencia afirma que no tiene más efecto que la reasignación del servicio a otro repartidor por la plataforma o por el propio repartidor a través de sus sustitutos) y no son ajenos a su mercado (precios y facturas). La respuesta de la sentencia es positiva; implícita a la primera parte de tan esencial problema interpretativo.

1. Sobre la naturaleza y alcance de la presunción legal de laboralidad de la disposición adicional 23ª del Estatuto de los Trabajadores: ¿presunción legal o regla de interpretación vinculante?

La regulación de la disposición adicional 23ª del ET, proveniente del art. único.2 del Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, de reforma del ET "para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales"^[2], convertido en Ley 12/2021, de 28 de septiembre, de igual denominación, se construye a partir de la presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto.

La reforma legal fue fruto de la concertación social y se presentó como ejecución legislativa del Acuerdo adoptado, el 10 de marzo de 2021, entre el Gobierno, CC. OO., UGT, CEOE y CEPYME, tras el trabajo desarrollado por la Mesa de Diálogo constituida, a tal efecto, el 28 de octubre de 2020 (exp. de mot., I).

La exposición de motivos de la ley reformadora estatutaria explica, en lo que aquí interesa -dejando a un lado, por tanto, la reforma del art. 64.4.d) ET-, que "introduce una nueva disposición adicional sobre la presunción de laboralidad de las actividades de reparto o distribución de cualquier tipo de producto o mercancía, *cuando la empresa ejerce sus facultades de organización, dirección y control, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital*. Dicha presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores" (exp. de mot. II). Relata que en este ámbito la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha ejercido una "labor esencial", que dio lugar a diferentes sentencias favorables o contrarias a la calificación como laboral de las prestaciones de servicios en plataformas digitales de reparto, que culminaron con la STS 805/2020, de 25 de septiembre, de la Sala de lo Social en Pleno, en unificación de doctrina, caso Glovoapp23 SL.

La ley reformadora desechó efectuar una inclusión declarativa de laboralidad sobre la base de los argumentos de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y reconoció que la nueva disposición adicional 23ª del ET, al introducir una presunción de laboralidad, hacía suyos los criterios unificados por el Alto Tribunal, de acuerdo con *el principio de realidad*, que obliga a adaptar los tradicionales requisitos de dependencia y ajenidad, calificadores de la laboralidad, a la *realidad* de las

plataformas digitales de reparto, siguiendo el camino de la flexibilización de la dependencia, transitado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y por la doctrina desde el pasado siglo. La adaptación de esas notas a la relación entre el trabajador, contratado como autónomo y después como TRADE, y la empresa demandada arroja una situación en la que “la empleadora asume los riesgos de la operación y es beneficiaria de sus frutos, realizando una labor de coordinación, organización o control de la prestación u ostentando la potestad sancionadora, y ello aunque sus prerrogativas se manifiesten de forma indirecta o implícita, a través de la gestión algorítmica, de las condiciones de trabajo o del servicio prestado” (exp. de mot., II).

Insiste la exposición de motivos de la ley reformadora en el principio de realidad, indisponible por los contratantes. Y así afirma: *“Asimismo, se refuerza, a través de la invocación explícita del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, la importancia de valorar la naturaleza real del vínculo, el contenido de las prestaciones, y la configuración asimétrica y efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual, como un elemento necesario para garantizar el efecto útil y protector que corresponde al derecho laboral”*. Subraya la importancia de la calificación del vínculo para los derechos de los trabajadores y la libre competencia entre las empresas. Reitera: *“La eficacia de la nueva disposición adicional vigesimotercera, basada, como se ha expuesto, en la valoración de la naturaleza real del vínculo, va a depender en gran medida de la información verificable que se tenga acerca del desarrollo de la actividad a través de plataformas, que debe permitir discernir si las condiciones de prestación de servicios manifestadas en una relación concreta encajan en la situación descrita por dicha disposición*, siempre desde el mayor respeto a los secretos industrial y comercial de las empresas conforme a la normativa, que no se ven cuestionados por esta información sobre las derivadas laborales de los algoritmos u otras operaciones matemáticas al servicio de la organización empresarial” (exp. de mot., II).

Pero las normas legales que establecen presunciones no son cualquier tipo de norma. La presunción legal de laboralidad que la disposición estatutaria incorpora es efectiva cuando se prueban los hechos que enuncia a partir de criterios de experiencia, caso en el que los jueces han de aplicar la consecuencia que el legislador atribuye a los hechos probados, correspondiendo probar la inexistencia de los hechos presumidos y de su consecuencia legal a quien interese.

Las presunciones legales se vinculan a la prueba de los hechos; las presunciones legales son probadas, no declaradas. No son criterios o reglas de interpretación vinculantes para el juzgador, ni siquiera en caso de duda (una especie de resucitación algorítmica del principio *in dubio pro operario*). Por eso, las presunciones *iuris et de iure* no son presunciones, sino mandatos normativos que los jueces han de aplicar para resolver siempre y en todo caso según la determinación adoptada por el legislador, jurídicamente vinculante. Cuando la ley establece técnicamente una presunción debe poder probarse lo contrario por quien le interese hacerlo -la plataforma digital-, y el órgano judicial ha de decidir si los hechos probados encajan en el ámbito de la presunción legal o no.

La sentencia comentada parte de la presunción de laboralidad estatutaria y, atendiendo al principio de realidad de las prestaciones contratadas y al modo de su ejercicio, a los hechos probados por la demandante Glovo, distintos a los que la ley toma en consideración para atribuirles la consecuencia de su naturaleza laboral, destruye la presunción legal y hace prevalecer la calificación contraria de trabajo autónomo.

Esto así, la sentencia niega la validez de las interpretaciones doctrinales que han venido sosteniendo que la prestación de la actividad de reparto a través de una plataforma digital sitúa por obligación de la ley, como regla de interpretación vinculante, esa actividad en el trabajo por cuenta ajena y subordinado. De modo que aunque la disposición adicional 23ª del Estatuto de los Trabajadores (ET) *“presuma incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo*

o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”, la presunción no sería tal, sino que operaría como un criterio obligatorio de interpretación, como una *declaración* legal de laboralidad *sin prueba* de este tipo de trabajo, que los órganos judiciales habrían de aplicar. Nada más lejos de la realidad legal.

2. Sobre la posibilidad de trabajo de reparto autónomo en el ámbito de las plataformas digitales

La doctrina que ha confundido el valor y funcionamiento de una presunción legal con el de un criterio de interpretación legal, declarado y vinculante, ha completado su razonamiento con la petición de principio de que los hechos no pueden ser otros cuando se interpone una plataforma digital en cualquier actividad o trabajo y, desde luego, en el de reparto de productos de establecimientos a clientes, o, lo que es lo mismo, que “la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía” lo es siempre por cuenta de *“empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”*.

Es la interpretación de la Tesorería General de la Seguridad Social de que la plataforma evidencia el “poder de dirección de Glovo”.

La plataforma es un instrumento imprescindible, un activo esencial, en una economía digitalizada. Pero no es inexorablemente y en todo caso un instrumento de ejercicio del poder de dirección de su propietaria sobre la actividad de recadería de los repartidores que realizan el servicio de entrega a los clientes de los productos adquiridos a través de la plataforma con autonomía y sin dependencia de ésta -salvo la conexión a la misma-, cobrando un precio por ese servicio de establecimientos y clientes y organizando su propio mercado. No cabe duda de que a través de una plataforma digital de reparto su empresa propietaria puede ser una empresa, en el sentido jurídico-laboral del término (art. 1.2 ET), organizando y gestionando algorítmicamente el trabajo por cuenta ajena y subordinado de sus repartidores. No siempre tiene que ser así, como demuestra el tenor de la disposición adicional 23ª del ET, la realidad de las condiciones de uso de la app de Glovo por los repartidores y el modo en que ejercen su actividad en el entendimiento de la sentencia 90/2024, de 27 de julio de 2024, del Juzgado Central Contencioso-administrativo nº 10, a tenor de la valoración que efectúa de los hechos probados. El repartidor autónomo celebra con Glovo un contrato mercantil de uso de la plataforma y de sus servicios, que puede ejercer con autonomía e independencia. Sin que el hecho de conectarse a la plataforma digital, cuando lo desee, implique que su trabajo de reparto, que recibe a través de la plataforma, sea ajeno a su organización y a su autonomía y suponga el ejercicio del poder de dirección de Glovo. En el trabajo a través de plataformas digitales de reparto cabe el trabajo por cuenta ajena, que la ley presume atendiendo a criterios de experiencia que han de probarse (dentro de las condiciones de los arts. 1.1, 8.1 y de la disposición adicional 23ª ET, probadas) y el trabajo autónomo (al margen o fuera de aquellas condiciones, no probadas), lo que no cabe lícitamente, ni en nuestro ordenamiento ni en el de la Unión Europea, es el trabajo autónomo ficticio o falso. La prueba de los hechos es garantía esencial.

La sentencia comentada resuelve el litigio a partir del examen y valoración de las condiciones probadas en que los repartidores identificados en las actas realizan la actividad de reparto, con el fin de determinar si Glovo ejerce sobre aquellos las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de su plataforma digital (disposición adicional 23 del ET), “con intensidad suficiente para abolir” la independencia de aquellos, que en tal caso sería meramente ficticia (FD 2º).

Y, como sabemos, dicha sentencia ha llegado a la conclusión, atendiendo a los hechos probados, de que la independencia de los repartidores no es meramente ficticia en el nuevo modelo de explotación de su plataforma digital por la demandante. Convendrá reiterar, pese a que sea obvio, que el hecho de que el repartidor tenga que estar dado de alta en la aplicación de Glovo es condición de la intermediación de Glovo entre establecimientos que anuncian sus productos en su plataforma, usuarios y repartidores, obligada para todos.

3. Sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales

La citada propuesta de Directiva^[3], de 24 de abril de 2024, incorpora la técnica presuntiva a fin de lograr el correcto encuadramiento jurídico de los trabajadores de plataformas digitales, evitando los abusos de la falsa autonomía y garantizándoles su correcta calificación laboral. La presunción se activa cuando se constaten indicios de control y dirección de conformidad con la legislación nacional, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La plataforma digital de trabajo que pretenda refutar la presunción legal deberá probar que la relación contractual en cuestión no es una relación laboral en los términos señalados.

La regulación de la propuesta de Directiva de la gestión algorítmica, como sabemos, se extiende al trabajo autónomo, reconociendo a estos trabajadores los derechos a la protección de sus datos personales y a la transparencia algorítmica, prohibiendo el uso de sistemas automatizados de seguimiento o toma de decisiones para el tratamiento de determinado tipo de datos personales (biométricos, emocionales o psicológicos), y garantizando la supervisión y evaluación humana de las decisiones automatizadas, pues la gestión algorítmica del trabajo es una cuestión de proyección universal, que, en determinados aspectos, alcanza a cualquier tipo de trabajo, comprometiendo la autonomía y libertad de las personas trabajadoras y de los modelos de negocio empresariales.

X. Apunte final sobre otras sentencias del juzgado central de lo contencioso-administrativo

La sentencia no es firme. Cabe contra ella recurso ordinario de apelación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (art. 11.2 y 81 y ss. LJCA). La propia sentencia contiene un pie de recurso correcto. La apelación es obligada para la TGSS, pues la Administración Pública sirve “con objetividad los intereses generales” y actúa de acuerdo, entre otros, con el principio de jerarquía (art. 103 CE).

Otras sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa contenían ya o siguen la misma línea de la comentada. ¿Revelan una sensibilidad distinta, ante lo laboral, a la de la jurisdicción social? La sentencia comentada ha seguido la tesis tradicional de la jurisprudencia social de que la calificación de la naturaleza jurídica de los contratos celebrados para articular la prestación de trabajo personal mediante remuneración no depende del *nomen iuris* elegido por las partes, sino de la realidad de la prestaciones contratadas, y se muestra tributaria de la doctrina de la sentencia de la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo núm. 805/2020, de 25 septiembre, que, al no cumplirse en las circunstancias del caso concreto que resuelve, determina su fallo, que se sitúa en el revés, en el negativo de aquella doctrina al ser destruida la presunción legal de laboralidad por la prueba en contrario de la empresa titular de la plataforma digital, que ha modificado las condiciones en que los repartidores realizan su propia actividad a través de su plataforma.

La sentencia 109/2024, de 16 de julio de 2024, del Juzgado Central Contencioso-administrativo nº 2, dictada en el procedimiento ordinario nº 53/2023, estima la demanda de UBER EATS, por falta de relación laboral con los repartidores, contra resolución de 26 de octubre de 2023, del Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social, desestimando el recurso de alzada interpuesto por la actora

contra la resolución de 12 de septiembre de 2023, del Subdirector General de Ordenación e Impugnaciones, mediante la cual se confirmó y elevó a definitiva el acta de liquidación y el acta de infracción concurrente, ambas de fecha 16 de marzo de 2023, constando en la identificación de la resolución judicial una cuantía acumulada de 1.263.280,07 euros. La sentencia contiene la doctrina sobre el valor probatorio de las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y su presunción de veracidad *iuris tantum* en la vía judicial únicamente sobre los hechos directamente comprobados por los inspectores o inmediatamente deducibles de aquellos o acreditados por medios de prueba consignados en el acta, a la luz de la jurisprudencia constitucional (SSTC 76/1990, 14/1997, 35 y 56/2006, 70/2012).

Previamente, la sentencia afirma la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, indubitada. Reproduce el auto 7/2023, de 25 de abril, de la Sala especial de conflictos de competencia del Tribunal Supremo, sobre el procedimiento de revisión de oficio de actos de encuadramiento^[4]. Y cita, entre otros, el artículo 3.f) de la LRJS y la derogación de la letra d) del artículo 148 de la LRJS, sobre el procedimiento de oficio y de impugnación de actos administrativos laborales y de seguridad social no prestacionales ante la jurisdicción social, por la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. En esta sentencia la inspección se llevó a cabo “por muestreo”, indicándose en el acta de liquidación el nombre y apellido de 16 repartidores, que comparecieron personalmente. La sentencia es durísima. No se limita a censurar la prueba de los hechos infractores por la presunta obligación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de mantener a toda costa la laboralidad de la actividad de reparto de los repartidores, que impide el funcionamiento del tradicional y exigible principio de realidad, sino que añade a ese prejuicio un apetito recaudador. Impone las costas a la Administración. Esa intencionalidad, excesiva e indemostrable, es innecesaria para enjuiciar los hechos, valorar su prueba, y concluir en Derecho. En esto la sentencia se desautoriza a sí misma.

La sentencia 138/2024, de 15 de octubre de 2024, del Juzgado Central Contencioso-administrativo nº 2, dictada en el procedimiento ordinario nº 30/2023, estima la demanda de Glovoapp23, S.A., contra la resolución de 7 de junio de 2023, del Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se desestima el recurso de alzada contra la resolución de 3 de abril de 2023, del Subdirector General de Ordenación e Impugnaciones, que confirmó y elevó a definitiva el acta de liquidación y el acta de infracción concurrente. Relata las circunstancias del caso concreto, valora la prueba y llega a la conclusión de que la relación de los repartidores con Glovo no podía calificarse como contrato laboral; “calificación que parece buscada por motivos únicamente recaudatorios” (FD 9º). Anula las actas de infracción y liquidación impugnadas. Esta última sentencia es una mezcla casi perfecta de las dos anteriores. Reitera que las actas inspectoras no se levantaron con neutralidad – se practicó un muestreo de dos únicos repartidores-, sino con predeterminación y prejuicio “de que nos encontramos ante trabajo por cuenta ajena” como única posibilidad de encuadramiento de los repartidores de plataformas digitales y así “concluir necesariamente con un acta de liquidación y de infracción”. Impone las costas a la Administración e incurre en los mismos excesos verbales e intencionales de la sentencia 109/2024, de 16 de julio de 2024.

Estas sentencias aseguran, por el momento, un espacio lícito al trabajo de reparto autónomo intermediado por plataformas digitales, cuya frontera delimitadora es el trabajo autónomo ficticio, que cae en el terreno legalmente presumido de la laboralidad con sus consecuencias de cotización y sanción. Congruentemente, la prueba de los hechos, del principio de realidad, es decisiva.

Referencias:

1. ^ Rec.4746/2019, ECLI:ES:TS:2020:2924.
2. ^ Las SSTC 144 y 147/2023, de 25 de octubre, desestimaron los recursos de inconstitucionalidad promovidos por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso y por cincuenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso por vulneración, por su falta de concurrencia y de justificación, del requisito de la "extraordinaria y urgente de necesidad" que el art. 86.1 CE configura como presupuesto habilitante para el uso por el Gobierno del instrumento normativo del decreto-ley, ambas decisiones con el voto particular de una magistrada y de tres magistrados.
3. ^ COM(2021)0762 – C9-0454/2021 – 2021/0414(COD).
4. ^ Recurso 21/2022, ECLI:ES:TS: 2023: 5030A.

§ 81 **Whistleblowing: un repaso a las condiciones de protección del denunciante de irregularidades a la luz de la STEDH de 8 de octubre de 2024 (Aghajanyan v. Armenia).**

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Galicia). Profesor asociado de la Universidad de Coruña.

Resumen: La Sentencia de 8 de octubre de 2024 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, objeto de comentario, estima la demanda de un trabajador denunciante de irregularidades cometidas por su empleadora relacionadas con el medio ambiente. A tales efectos, el Tribunal recuerda los aspectos esenciales de su doctrina previa sobre denuncias de irregularidades y sobre ejercicio de la libertad de expresión en el contexto de las relaciones laborales. El Estado está obligado a garantizar la libertad de expresión también en las relaciones entre personas privadas. Los órganos judiciales nacionales están obligados a motivar en términos suficientes para que el Tribunal puede verificar si se ha cumplido esa garantía. Sin embargo, en el caso no especificaron qué afirmaciones del demandante podrían ser difamatorias, ni analizaron los argumentos del demandante en relación con su preocupación de denunciar las irregularidades a sus superiores, y nunca apreciaron mala fe en la actuación del demandante. Tampoco los órganos judiciales nacionales examinaron en absoluto la relación entre el deber de lealtad del demandante y el interés público de estar informado sobre las cuestiones medioambientales y la percepción de irregularidades en la enorme fábrica de productos químicos en Armenia.

Palabras clave: Libertad de expresión. Protección del trabajador denunciante de irregularidades. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Abstract: The Judgment of October 8, 2024 of the European Court of Human Rights, subject of comment, upholds the claim of a worker who reported irregularities committed at his employer related to the environment. For these purposes, the Court recalls the essential aspects of its previous doctrine on complaints of irregularities and on the exercise of freedom of expression in the context of labor relations. The State is obliged to guarantee freedom of expression also in relations between private persons. National judicial bodies are required to provide reasons in sufficient terms so that the Court can verify whether that guarantee has been met. However, in the case they did not specify which statements by the plaintiff could be defamatory, nor did they analyze the plaintiff's arguments in relation to his concern to report irregularities to his superiors, and they never found bad faith in the plaintiff's actions. Nor did the national judicial bodies at all examine the relationship between the plaintiff's duty of loyalty and the public interest in being informed about environmental issues and the perception of irregularities in the huge chemical factory in Armenia.

Keywords: Freedom of expression. Protection of whistleblower workers. European Court of Human Rights.

I. Introducción

El demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos impugna las decisiones de los tribunales de Armenia que consideraron su despido procedente por haber revelado información sensible sobre su empleador en una entrevista con un periodista. El demandante se basó en la libertad de expresión reconocida en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal, que estima la demanda, inscribe su decisión en los fundamentos recogidos en su doctrina previa sobre denuncias de irregularidades y sobre ejercicio de la libertad de expresión en el contexto de las relaciones laborales. A tales efectos, el Tribunal recuerda los aspectos esenciales de esa doctrina y la aplica al caso.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 4ª.

Fecha de la resolución judicial: 8 de octubre de 2024.

Tipo y número procedimiento: Demanda núm. 41675/12.

Fuente: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-236131>

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Los hechos del caso litigioso

Desde 2003, el demandante trabajaba como investigador principal en una fábrica que producía diversos productos químicos. La propiedad de la fábrica se dividió entre una empresa privada, con el 90% de las acciones, y el Gobierno, que poseía el 10% restante.

En 2007, la fábrica emitió una orden según la cual la información sobre los niveles salariales de sus empleados se consideraba secreto comercial fundamental. Se añadía al contrato de cada empleado una cláusula específica sobre el deber de confidencialidad respecto de los salarios. En 2008, el demandante y la fábrica firmaron una declaración, en el marco de su contrato, en relación con el deber de confidencialidad relativo a su salario.

En 2009, la fábrica adoptó un reglamento interno relativo a sus secretos comerciales donde se definía un secreto comercial, estableciendo que la información relativa, entre otras cosas, a la capacidad de producción de la fábrica, la naturaleza del trabajo científico, los experimentos en curso, el almacenamiento de materia prima y los procesos tecnológicos que se estaban desarrollando e implementando podrían considerarse un secreto comercial.

En 2006, el demandante y su colega presentaron una propuesta para producir una pintura a partir de la laca que quedaba como residuo o subproducto después de la producción industrial. En 2007 se puso a prueba esta propuesta pero, según las actas del experimento, los resultados no fueron satisfactorios. El demandante se quejó dos veces ante la dirección de que el experimento no se había llevado a cabo correctamente y los resultados no habían sido exactos. Por ello, propuso que se continuase con las pruebas.

En 2009 el director general V.M. estimó la petición del demandante y le encargó que realizara un experimento para producir entre 25 y 30 kg de pintura a partir de laca.

El 5 de febrero de 2010, el demandante informó a V.M. que E.V., jefe del departamento científico, le había dicho que se abstuviera de realizar el experimento, amenazándolo con despido o degradación de categoría. El demandante llamó la atención de V.M. sobre que el problema relacionado con la laca requería un enfoque global. El 26 de marzo de 2010, el demandante presentó otro informe a la dirección señalando la manipulación inadecuada de los residuos químicos y acusando a la dirección de falta de responsabilidad y cuidado.

El 22 de abril de 2010 se publicó un artículo en un periódico local en el que figuraba una entrevista con el demandante en la que este hablaba de determinadas deficiencias en el funcionamiento de la fábrica. Entre otras cosas (el texto del artículo en inglés aparece íntegro en la STEDH), en el artículo se decía lo siguiente (la traducción es del comentarista):

“Como es bien sabido, la fábrica de productos químicos de Nairit no funciona debido a una deuda de mil millones de drams con la red eléctrica de Armenia. En la época soviética la fábrica producía unas cien mil toneladas de caucho, pero en los últimos cinco años sólo ha producido cinco mil toneladas de caucho. Por eso la empresa no obtiene beneficios y no puede pagar el gas ni la calefacción. Además, hay una situación de riesgo de incendio en las instalaciones de la enorme fábrica de productos químicos de Armenia. El problema es que durante el procesamiento del caucho se produce otra sustancia química, la laca, que antes se exportaba a Rusia. Actualmente, debido a la falta de compradores, la [laca] permanece almacenada en la fábrica. La no utilización de este subproducto durante un período prolongado puede provocar un incendio, causando graves daños tanto al medio ambiente como a la salud humana. Esta situación en la fábrica se debe a la indiferencia y la falta de responsabilidad por parte de la dirección, así como al ambiente tóxico [entre directivos y personal]. Así lo afirma el investigador principal de la fábrica, candidato a ciencias químicas, [el demandante]. En 2006 propuso a la fábrica una solución que solucionaría el problema del almacenamiento de residuos químicos peligrosos. El investigador había propuesto producir pintura a partir de residuos químicos, que luego podría utilizarse tanto en la fábrica como en otros lugares ... Según [el demandante], el experimento no se había llevado a cabo por falta de supervisión y por una actitud irresponsable. Años más tarde, en 2009, cuando el nuevo director general conoció la obra, le presentaron un informe como si la pintura hubiera sido probada en los talleres. Según [el demandante], esto no se correspondía con la realidad. No se habían realizado experimentos y se abandonó lo que debería haber sido un trabajo importante ... Y esto en circunstancias en las que 1.000 toneladas de [laca] almacenadas en la fábrica podrían encenderse en cualquier momento y causar una grave amenaza, mientras que la propuesta del investigador no sólo evitaría tal amenaza, sino que podría servir como una fuente adicional de ingresos. «¡Nairit es un zoológico! La mano derecha no sabe lo que hace la izquierda. El fantasma de 1937 deambula por la fábrica, cuando decir la pura verdad se consideraba un acto de heroísmo», añade ... «El presidente del comité, con su actitud abiertamente obstructiva, utiliza todas las tácticas posibles para impedir que los demás miembros del comité expresen una conclusión positiva, mientras que la pintura que se producirá se utilizaría en primer lugar para recubrir las tuberías y equipos de la fábrica» ... [El demandante] también se sintió frustrado por el hecho de que un experto con experiencia y título de candidato a ciencias ganara solo 85.000 drams al mes, mientras que cada uno de los doce subdirectores de la fábrica ganaba entre 3 y 4 millones de drams ... Según el investigador, el motivo de la indiferencia hacia sus inventos era que la dirección de la fábrica había cometido tantas injusticias y tenía tantos secretos que, por instinto de conservación, no quería que nadie metiera las narices. «Como si no viviéramos en un Estado sino en un territorio desorganizado, donde prevalecen la violencia y la arbitrariedad. Nairit es un reflejo de nuestro país, de su simulación, corrupción y falta de cuidado», informa el empleado”.

El 19 de mayo de 2010, el director general de la fábrica despidió al demandante de su puesto sin previo aviso. En su decisión, el director señaló que el 22 de abril de 2010 se había publicado un artículo periodístico sobre la fábrica basado en declaraciones

infundadas del demandante. En particular, el demandante había difundido información falsa sobre trabajos y experimentos científicos, así como sobre los salarios de los empleados de la fábrica, violando el Código del Trabajo y su contrato de trabajo. El director concluyó que esto había sido suficiente para que la fábrica perdiera su confianza en el demandante como empleado y rescindiera su contrato de trabajo, tal como lo establece el Código del Trabajo.

2. El litigio ante los órganos nacionales

El demandante impugnó su despido ante los tribunales civiles. Sostuvo, en cuanto al supuesto incumplimiento de la cláusula de confidencialidad de su contrato de trabajo, que nunca tuvo conocimiento de la definición de secreto comercial relativo a la fábrica y que solo conoció el reglamento de 2009 durante el procedimiento civil, cuando la fábrica lo presentó ante el tribunal. Además, asimismo alegó que la información revelada durante su entrevista no podía considerarse un secreto comercial. Se refería a cuestiones como la protección del medio ambiente, los daños a la salud humana y la seguridad en el lugar de trabajo. En cuanto a la información sobre el nivel de los salarios, el demandante alegó que el empleador no podía convertir dicha información en un secreto comercial y, en cualquier caso, según su carta de despido, la información que había revelado era falsa e infundada.

El 23 de septiembre de 2010, el Tribunal de Distrito de Shengavit de Ereván admitió el recurso del demandante y declaró inválida su carta de despido. En esencia, estimó los argumentos formulados por el demandante y consideró que su despido había sido ilegal. El Tribunal de Distrito señaló que no había información sobre los daños supuestamente sufridos por la fábrica como resultado de la entrevista del demandante. En cuanto a la información sobre los salarios, el Tribunal de Distrito también señaló que, tal como había sido presentada por la fábrica, esa información no podía considerarse un secreto comercial.

La fábrica interpuso recurso de apelación. El 17 de febrero de 2011, el Tribunal Civil de Apelación anuló la sentencia de 23 de septiembre de 2010 y remitió el caso al Tribunal de Distrito basándose en que la entrevista del demandante contenía información incluida en la definición de secreto comercial, tal como se define en el orden interno y reglamentos de la fábrica. Además, a pesar de estar obligado a respetar el deber de confidencialidad en materia de salarios, el demandante había difundido información sobre el nivel de los salarios de los empleados de la fábrica. El Tribunal de Apelación también señaló que, según la fábrica, su reputación comercial se había visto socavada, como consecuencia de lo cual podría sufrir daños, incluida la pérdida de clientela o de confianza entre sus consumidores.

El 13 de abril de 2011 el Tribunal de Casación declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por el demandante contra dicha sentencia del Tribunal de Apelación.

El 19 de septiembre de 2011, durante la segunda ronda del procedimiento, el Tribunal de Distrito rechazó la solicitud del demandante. En particular, señaló que, según la orden pertinente y los reglamentos internos emitidos por la dirección de la fábrica, la información relativa, entre otras cosas, a las capacidades de producción de la fábrica, la naturaleza de su trabajo científico, los experimentos en curso, el almacenamiento de materias primas, los tipos de productos y los procesos tecnológicos desarrollados e implementados, así como el salario de los empleados, se consideraban secretos comerciales. Según el Tribunal, los argumentos del demandante de que la información en cuestión no constituía un secreto comercial y sus derechos constitucionales estaban restringidos no están fundamentados.

El demandante interpuso un recurso basándose, entre otras cosas, en su derecho a la libertad de expresión. Reiteró los argumentos que había planteado ante el Tribunal de Distrito. Sostuvo además que había intentado en numerosas ocasiones señalar a la atención de sus superiores las cuestiones denunciadas durante su entrevista, pero en vano. El demandante reiteró que la información que había revelado durante su

entrevista se refería a cuestiones como la protección del medio ambiente, la seguridad en el lugar de trabajo y los daños a la salud humana. Por lo tanto, no solo existía un derecho sino también un deber de hacer pública dicha información dado que el empleador no había tomado medidas preventivas. Sostuvo además que el tribunal no había especificado los daños sufridos por la fábrica como consecuencia de la publicación del artículo periodístico. En la medida en que la entrevista se refería al nivel de los salarios, sólo tuvo conocimiento de la orden interna de la fábrica de 2007 durante el procedimiento civil en cuestión. El demandante también afirmó que en una entrevista con un alto funcionario de la fábrica había presentado en términos generales los salarios medios de los empleados de la fábrica, y que, en cualquier caso, dicha información era pública y estaba disponible en el sitio web de la fábrica. Además, el sitio web de la fábrica contenía información sobre sus proyectos futuros, tipos de productos, capacidades de producción y experimentos. Por tanto, no había revelado ninguna información que pudiera considerarse secreto profesional o comercial.

El 1 de diciembre de 2011, el Tribunal Civil de Apelación desestimó el recurso del demandante por considerarlo infundado y confirmó la sentencia del Tribunal de Distrito.

El 8 de febrero de 2012 el Tribunal de Casación declaró inadmisibile por falta de fundamento un recurso de casación interpuesto por el demandante.

Según noticias presentadas por el demandante, el 28 de agosto de 2017 se produjo una explosión y un incendio en la fábrica, en una instalación donde se almacenaba laca. El antiguo director general de la fábrica dijo al periodista que la explosión no había sido tan dañina para el medio ambiente y que posiblemente se había producido por el clima cálido.

IV. Posición de las partes

El demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alega que su despido, tras la publicación del artículo periodístico del 22 de abril de 2010, fue una injerencia ilegal e innecesaria en su derecho a la libertad de expresión reconocida en el artículo 10 del CEDH. Reiteró los argumentos utilizados ante las instancias judiciales nacionales y argumentó además que había actuado como “whistle-blower”. A tales efectos, destacó haber actuado de buena fe para abordar cuestiones ecológicas graves. La información transmitida era de interés público, ya que se refería a posibles daños al medio ambiente y a la salud humana. El demandante sostuvo que esa información era exacta pues era químico y había trabajado como investigador principal en la fábrica durante varios años. De hecho, ninguno de los informes que había presentado a la fábrica fue desestimado por infundado. Además, en 2017 se produjo una explosión y un incendio en la fábrica, en unas instalaciones donde se almacenaban lacas. En cuanto a los posibles daños causados a su empleador por la divulgación de la información, el demandante afirmó que ni los tribunales nacionales ni el Gobierno habían demostrado los daños sufridos por la fábrica. Por lo tanto, el demandante concluye que su despido fue una medida extremadamente severa.

El Gobierno armenio, sin cuestionar la interferencia con el derecho del demandante a la libertad de expresión, afirmó que su despido había cumplido con los requisitos del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En particular, el demandante había sido despedido de conformidad con la ley, concretamente debido a la pérdida de confianza y su grave violación de la disciplina laboral por la revelación de un secreto comercial. Según el Gobierno, la demandante conocía perfectamente el reglamento interno de la fábrica, en el que se definían los secretos comerciales; además, una cláusula de su contrato de trabajo prohibía en términos inequívocos la revelación de secretos comerciales relacionados con la fábrica. Dado el contenido de la entrevista del demandante, no cabía duda de que había revelado información que era un secreto comercial tanto según los reglamentos de la fábrica como según su contrato de trabajo, por lo que la fábrica tenía amplios motivos para despedirlo. El Gobierno argumentó que la interferencia con la libertad de expresión del demandante había

perseguido los objetivos legítimos de proteger la reputación y los intereses de la fábrica y evitar la divulgación de información recibida confidencialmente.

En cuanto a la alegación del demandante de que era un “whistle-blower”, el Gobierno armenio sostuvo que el demandante no había podido fundamentar la información revelada con ninguna prueba, que no había actuado de buena fe y, en cualquier caso, que la divulgación de información sobre los salarios de los empleados no había sido justificado. Refiriéndose al último párrafo del artículo periodístico, el Gobierno argumentó que las declaraciones hechas en ese pasaje eran difamatorias, acusando a la fábrica de corrupción. El Gobierno concluyó que, dado que el demandante había hecho acusaciones difamatorias, que además no había podido probar, la sanción de despido había sido proporcionada.

V. Normativa aplicable al caso

Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 10.

VI. Doctrina básica

La protección del artículo 10 del CEDH se extiende al lugar de trabajo, y no solo al empleo sujeto al derecho público, también en las relaciones laborales privadas. El Estado debe proteger el derecho a la libertad de expresión contra injerencias de particulares.

Corresponde a las autoridades nacionales garantizar el cumplimiento del CEDH, en particular a los tribunales. Pero si estos no motivan o lo hacen insuficientemente y ello impide al TEDH verificar si se cumple el CEDH, se puede apreciar vulneración del CEDH.

En el caso analizado, las sentencias de los tribunales armenios contienen muy pocos razonamientos y (más importante aún) los tribunales no evaluaron el caso ante ellos a la luz de los principios definidos en su jurisprudencia en virtud del artículo 10 del Convenio:

- no especificaron cuáles de las declaraciones del demandante publicadas en el periódico fueron consideradas inexactas o difamatorias;
- nunca analizaron los argumentos del demandante sobre sus intentos de plantear sus preocupaciones a sus superiores;
- no se menciona que el demandante hubiera actuado de mala fe;
- no examinaron en absoluto la relación entre el deber de lealtad del demandante y el interés público de estar informado sobre las cuestiones medioambientales y la percepción de irregularidades en la enorme fábrica de productos químicos de Armenia;
- no mencionaron ningún daño sufrido por la fábrica a causa de la entrevista del demandante; y
- en lo que respecta a la gravedad de la medida, fue la más grave posible, sin que se haya evaluado la idoneidad de una medida menos severa.

VII. Parte dispositiva (traducción hecha por el comentarista; no es oficial)

El TEDH, unánimemente: (1) Declara admisible la demanda. (2) Sostiene que ha habido violación del artículo 10 del Convenio. (3) Sostiene: (a) Que el Estado demandado debe pagar, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que la sentencia sea firme ... las siguientes cantidades, que se convertirán a la moneda del Estado demandado en la tasa aplicable en la fecha de liquidación: (i) 4.500 euros, más cualquier impuesto que resulte exigible, por concepto de daño moral, a pagar al demandante; (ii) 1.600 euros, más cualquier impuesto que pueda corresponder al demandante, en concepto de costas y gastos ... (b) Que desde el vencimiento de los tres meses antes mencionados hasta la liquidación se pagarán intereses simples sobre los importes anteriores a un tipo igual al tipo marginal de préstamo del BCE

durante el período de impago más tres puntos porcentuales. (4) Desestima el resto de las pretensiones sobre la satisfacción equitativa del demandante”.

VIII. Pasajes decisivos (traducción hecha por el comentarista; no es oficial)

34. Al considerar conflictos relacionados con la libertad de expresión en el contexto de las relaciones profesionales, el Tribunal ha determinado que la protección del artículo 10 del Convenio se extiende al lugar de trabajo. También ha señalado que dicho artículo no solo es vinculante en las relaciones entre un empleador y un trabajador cuando dichas relaciones se rigen por el derecho público, sino que también puede aplicarse cuando se rigen por el derecho privado (véase *Fuentes Bobo c. España*, núm. 39293/98, § 38, 29 de febrero de 2000, y *Heinisch c. Alemania*, núm. 28274/08, § 44, ECHR 2011). De hecho, el ejercicio genuino y efectivo de la libertad de expresión no depende simplemente del deber del Estado de no interferir, sino que puede requerir medidas positivas de protección, incluso en la esfera de las relaciones entre individuos. En determinados casos, el Estado tiene la obligación positiva de proteger el derecho a la libertad de expresión, incluso contra la injerencia de particulares (ver *Halet c. Luxemburgo* [GC], núm. 21884/18, § 111, 14 de febrero de 2023; *Palomo Sánchez y otros c. España*, [GC], n.º 28955/06 y 3 más, §§ 53-55, ECHR 2011, § 59; y *Herbai c. Hungría*, n.º 11608/15, § 37, 5 de noviembre de 2019).

36. El Tribunal reitera además que corresponde principalmente a las autoridades nacionales, en particular a los tribunales, interpretar y aplicar el derecho interno de manera que dé pleno efecto al Convenio. Destaca el carácter subsidiario de su revisión y observa que un razonamiento insuficiente o deficiencias en el razonamiento de los tribunales nacionales también le han llevado a encontrar una violación del artículo 10, cuando esas omisiones le impidieron ejercer efectivamente su escrutinio para determinar si las autoridades nacionales habían aplicado correctamente las normas establecidas en su jurisprudencia (véase la sentencia *Halet*, antes citada, §§ 159-62).

37 ... El artículo 10 CEDH también se aplica cuando las relaciones entre empleador y trabajador se rigen, como en el presente caso, por el derecho privado y el Estado tiene la obligación positiva de proteger el derecho a la libertad de expresión incluso en el ámbito de las relaciones entre particulares ... En tales circunstancias, el Tribunal considera apropiado examinar el presente caso en términos de las obligaciones positivas del Estado en virtud del artículo 10 CEDH ... Por ello, el Tribunal determinará si las autoridades judiciales armenias, al desestimar la reclamación del demandante, garantizaron adecuadamente su derecho a la libertad de expresión en el contexto de las relaciones laborales.

38. El Tribunal necesita examinar si los tribunales nacionales aplicaron de manera satisfactoria los principios del Convenio interpretados a la luz de su jurisprudencia. A este respecto observa que las sentencias internas en el presente caso contienen muy poco razonamiento ... En primer lugar, aunque el demandante presentó argumentos detallados impugnando la legalidad de su despido como resultado de su entrevista, los tribunales nacionales no abordaron ninguno de sus argumentos a ese respecto ... Más bien, tras citar los documentos internos pertinentes de la fábrica que definen un secreto comercial, concluyeron que el despido del demandante –basado en que su empleador había perdido la confianza en él– estaba justificado porque había revelado información que entraba dentro de la definición de secreto comercial, incumpliendo así sus deberes contractuales ...

40. Más importante aún, los tribunales nacionales no evaluaron el caso ante ellos a la luz de los principios definidos en su jurisprudencia en virtud del artículo 10 del Convenio. Ni la carta de despido del demandante ni las sentencias de los tribunales nacionales especificaron cuáles de las declaraciones del demandante publicadas en el periódico fueron consideradas inexactas o difamatorias ... Nunca analizaron los argumentos del demandante sobre sus intentos de plantear sus preocupaciones a sus superiores ... Los tribunales tampoco verificaron el motivo del demandante y, a pesar

del argumento del Gobierno, no se menciona en las sentencias internas que el demandante hubiera actuado de mala fe ...

41. El Tribunal reitera la importancia del deber de lealtad y discreción de los empleados para con sus empleadores, que exige que la difusión de información, incluso precisa, se realice con moderación y corrección. Sin embargo, este deber puede verse anulado por el interés que el público pueda tener en una información particular ... En su entrevista, el demandante planteó una cuestión muy delicada e importante de interés público ... relativa, tal como se presentó en el procedimiento impugnado, a la protección del medio ambiente, daños a la salud humana y seguridad en el trabajo ... Sin embargo, los tribunales nacionales no examinaron en absoluto la relación entre el deber de lealtad del demandante y el interés público de estar informado sobre las cuestiones medioambientales y la percepción de irregularidades en la enorme fábrica de productos químicos de Armenia.

42. Además, las sentencias internas, al confirmar el despido del demandante, no mencionaron ningún daño sufrido por la fábrica a causa de la entrevista del demandante ...

43. Por último, en lo que respecta a la gravedad de la medida, el Tribunal considera que fue la más grave posible, sin haber evaluado la idoneidad de una menos severa ...

44. La Corte considera que al evaluar la proporcionalidad de una medida grave como el despido sin preaviso, los tribunales internos debieron tomar en cuenta y realizar un análisis integral de elementos claves del caso tales como la naturaleza y veracidad de las declaraciones realizadas por el demandante, sus motivos para conceder la entrevista y la posibilidad de plantear efectivamente su punto ante sus superiores, así como los daños causados a la fábrica como resultado de la entrevista del demandante ... Sin embargo, como se desprende del análisis realizado en los precedentes párrafos, los tribunales internos no abordaron ninguna de esas cuestiones.

45. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal considera que, en las circunstancias del presente caso, los tribunales nacionales no lograron un equilibrio justo a la luz de los criterios establecidos en su jurisprudencia entre los intereses en juego en competencia y aducir razones «relevantes y suficientes» para sus decisiones.

46. Por tanto, se ha producido una violación del artículo 10 del Convenio.

IX. Comentario

A día de hoy, uno de los temas estrella en el ámbito jurídico laboral es el de la libertad de expresión de las personas trabajadoras y la protección de quienes denuncian irregularidades. Se trata de una materia que ha recibido un importante espaldarazo normativo tras la publicación de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la unión (Directiva Whistleblowing), recientemente traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico interno (Ley 2/2023, de 20 de febrero)^[1].

Sin embargo, la realidad judicial nos demuestra que la libertad de expresión de los trabajadores, así como las posibles represalias derivadas del ejercicio de ese derecho fundamental, ha venido ocupando a nuestros tribunales laborales desde hace décadas^[2].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha sido ajeno a esta efervescencia judicial. Hay, en particular, dos casos en los que ha estado implicada España (y que han sido muy comentados): Sentencia de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo v. España, demanda 39293/98; y (en particular relevante respecto al *whistleblowing*) Sentencia de 12 de septiembre de 2011, Palomo Sánchez y otros v. España, demandas 28955/06 y 3 más).

La Sentencia objeto de nuestro comentario presenta el interés de que, sin demasiadas alaracas ni desarrollos argumentativos, repasa las líneas de argumentación utilizadas en la jurisprudencia previa (que cita oportunamente) para garantizar el derecho a la libertad de expresión de las personas trabajadoras en el ámbito de su relación laboral, sea empleo público o sea empleo privado, según el mismo se reconoce en el artículo 10 del CEDH.

Como se deriva de los pasajes decisivos de la Sentencia comentada (apartado VIII), y de su doctrina (apartado VI), los criterios utilizados para ofrecer la protección del derecho fundamental a una persona trabajadora denunciante de irregularidades son los siguientes:

- que las declaraciones de la persona denunciante no sean inexactas o difamatorias, pues si son difamatorias no se concede la protección y en caso de inexactitud tampoco se concede siempre que la inexactitud se pudiera remediar aplicando una mínima diligencia;

- que, antes de acudir a una denuncia pública, la persona denunciante haya intentado plantear la preocupación sobre las irregularidades a los mandos superiores de la empresa (o, dicho de una manera similar y acorde con la normativa vigente, se haya acudido a mecanismos internos o externos de denuncia antes de acudir a la revelación pública);

- que, en todo caso, se excluye una actuación de mala fe de la persona denunciante;

- que en la ponderación entre el deber de lealtad de la persona denunciante a su propia empresa y el interés público de información prevalezca este último atendiendo a la trascendencia de las irregularidades denunciadas (como en el caso analizado eran las cuestiones medioambientales, riesgo de incendio y prevención de riesgos en el trabajo);

- que no se hayan producido daños desproporcionados en la empresa a causa de la denuncia de irregularidades, y mejor aún que no se haya producido daño alguno; y

- que se haya evaluado la idoneidad de una medida menos severa que el despido.

X. Apunte final

Una nueva STEDH sobre la protección del trabajador denunciante de irregularidades que no aporta ninguna novedad destacada en relación con su doctrina previa sobre denuncias de irregularidades y sobre ejercicio de la libertad de expresión en el contexto de las relaciones laborales, que en esta nueva STEDH recuerda y la aplica al caso. De hecho, la Corte de Estrasburgo aparenta estar cómoda en su jurisprudencia sobre whistleblowing.

Pero precisamente por esa falta de novedad, esta nueva STEDH va al grano y resulta idónea para apreciar cuáles son las líneas de argumentación para garantizar el derecho a la libertad de expresión de las personas trabajadoras en el ámbito de su relación laboral, sea empleo público o sea empleo privado, según se reconoce en el artículo 10 del CEDH.

Referencias:

1. [^] *Personalmente, es una temática de la que me ha ocupado junto al Profesor Ricardo Pedro RON LATAS (actualmente encargado de implantar la Autoridad independiente de protección del denunciante en Galicia,*

adscrita a la Valedora do Pobo de Galicia): La protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa (Whistleblowing), Bomarzo (Albacete, 2020); "Libertad de expresión en el trabajo y represalias por denunciar irregularidades", Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, vol. 24, 2020; "La Ley 2/2023, de 20 de febrero, y la protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa", Revista de Derecho Social, núm. 103, 2023.

2. [^] La bibliografía sobre libertad de expresión en la relación laboral es abundante desde la primera monografía en la materia de Salvador DEL REY GUANTER (*Libertad de expresión e información y contrato de trabajo: Un análisis jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1994), hasta la más reciente de Alexandre PAZOS PÉREZ (*El derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014). Sobre el whistleblowing es de interés en la doctrina laboral (aparte de las ya citadas en la nota anterior) la monografía de Carmen SÁEZ LARA (*La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020).

- § 82 La diferencia de trato entre jueces federales y los jueces de estados federados en cuanto a la posibilidad de aplazamiento de la edad de jubilación se basa en la pertenencia a una categoría profesional y, por tanto, no constituye una discriminación directa por razón de edad prohibida por la Directiva 2000/78/CE.

Belén García Romero

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

Resumen: Prohibición de las discriminaciones por razón de la edad. Edad de jubilación obligatoria. Legislación nacional que excluye cualquier aplazamiento de la jubilación de los jueces federales. Posibilidad de que funcionarios federales y jueces de los estados federados soliciten el aplazamiento de la jubilación. Diferencia de trato en función de la pertenencia a una categoría socio profesional o del lugar de trabajo.

Palabras clave: Edad de jubilación obligatoria. Aplazamiento de la jubilación. Diferencia de trato. Directiva 2000/78/CE.

Abstract: Prohibition of discrimination on grounds of age. Mandatory retirement age. National legislation precluding any postponement of retirement of federal judges. Possibility for federal civil servants and state judges to apply for postponement of retirement. Difference in treatment according to membership of a socio-professional category or place of work.

Keywords: Compulsory retirement age, postponement of retirement. Difference in treatment. Directive 2000/78/EC.

I. Introducción

La presente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), de 17 de octubre de 2024 es dictada en respuesta a una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de los artículos 2, apartado 2, letra a), y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO 2000, L 303), para determinar si la desestimación a un juez federal alemán de su solicitud de aplazamiento de la jubilación, constituye una discriminación directa por razón de edad a la luz de la citada Directiva, toda vez que los demás funcionarios federales y otros jueces de los estados federados sí tienen reconocida la posibilidad de aplazamiento.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

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

Fecha de la resolución judicial: 17 de octubre 2024.

Tipo y número recurso o procedimiento: cuestión prejudicial; asunto C-349/23

ECLI:EU:C:2024:889.

Fuente: Curia.

Ponente: Sr. F. Biltgen.

Abogado General: Sr. J. Richard de la Tour.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

En el presente asunto C-349/23, el TJUE trata de resolver una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano judicial alemán que tiene por objeto la interpretación de diversos artículos de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, con el fin de determinar si la diferencia de trato que ha sufrido un juez federal en cuanto a su solicitud de aplazamiento de la edad de jubilación está o no comprendida en alguno de los motivos de discriminación contemplados en el artículo 1 de la Directiva.

1. Litigio principal y objeto de la reclamación

El litigio principal enfrenta a HB, juez del Tribunal Supremo Federal de Alemania y a la República Federal de Alemania, al haberse desestimado su solicitud de aplazamiento de la jubilación por encima de la edad legal.

Los hechos más relevantes del caso son los siguientes:

- HB, nacido el 20 de septiembre de 1960, es juez del Tribunal Supremo Federal de lo Civil y Penal y, como juez federal, está sujeto a un límite de edad estricto para la jubilación, fijado en sesenta y siete años. La legislación aplicable (DRiG- Estatuto de la Magistratura) no ofrece a HB ninguna posibilidad de obtener un aplazamiento de la edad de jubilación y establece que, para las personas nacidas en 1960, la edad legal de jubilación será de sesenta y seis años y cuatro meses.

- El 30 de septiembre de 2021, HB solicitó a la presidenta del Tribunal Supremo Federal de lo Civil y Penal que le comunicara, mediante resolución recurrible, la fecha a la que debía jubilarse. Aquella le informó por escrito de que debía jubilarse una vez alcanzada la edad legal de jubilación, esto es, no más allá del 31 de enero de 2027, fecha en la que cumpliría los sesenta y seis años y cuatro meses.

- Al pretender continuar ejerciendo su misma función jurisdiccional en el ámbito de la Sala del Tribunal Supremo de pertenencia después de alcanzada la edad de jubilación, HB presentó una reclamación contra dicho escrito ante el BMJ (Ministerio Federal de Justicia de Alemania).

- Al ser desestimada su reclamación, HB interpuso un recurso ante el Tribunal Contencioso-Administrativo de Alemania, alegando que era objeto de una discriminación directa por razón de edad, puesto que, tanto a los funcionarios federales como a los jueces del estado federado de Baden-Wurtemberg, sí se les permite solicitar el aplazamiento de su jubilación, por un periodo de hasta tres años o de hasta un año, respectivamente.

2. El procedimiento prejudicial

La petición de decisión prejudicial ha sido formulada por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Karlsruhe) en el marco del litigio sustanciado entre HB, juez del Tribunal Supremo Federal de lo Civil y Penal de Alemania, y la República Federal de Alemania, representada por el Ministerio Federal de Justicia de dicho país (en lo sucesivo “BMJ”), en relación con la desestimación por la presidenta de dicho

órgano jurisdiccional, de la solicitud de aplazamiento de la jubilación presentada por HB.

El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si existe una diferencia basada directamente en la edad debido a que la normativa nacional controvertida en el litigio principal no permite a HB aplazar su jubilación, a diferencia de los funcionarios federales y, por ejemplo, de los jueces del estado federado de Baden-Wurtemberg, que sí tienen esta facultad.

En estas circunstancias, el órgano remitente decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Constituye una discriminación directa por motivos de edad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva [2000/78] el hecho de que el artículo 48, apartado 2, [de la DRiG] prohíba a los jueces federales aplazar su jubilación, a pesar de que sí les está permitido a los funcionarios federales y (por ejemplo) a los jueces al servicio del estado federado de Bade-Wurtemberg?

2) En relación con el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva [2000/78], ¿comprenden los elementos propios del contexto general de la medida en cuestión también los aspectos que no fueran objeto de mención en los trabajos preparatorios ni en todo el procedimiento legislativo parlamentario y que solamente hayan sido alegados en el procedimiento judicial?

3) ¿Cómo deben interpretarse los conceptos “objetivo” y “razonable” que utiliza el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva [2000/78] y a qué se refieren? ¿Exige el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de dicha Directiva un doble examen del carácter razonable?

4) ¿Debe interpretarse el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva [2000/78] en el sentido de que, desde el punto de vista de la coherencia, se opone a una normativa nacional que prohíba a los jueces federales aplazar su edad de jubilación a pesar de que sí les está permitido a los funcionarios federales y (por ejemplo) a los jueces al servicio del estado federado de Baden-Wurtemberg?»

IV. Posición de las partes

- El recurrente- el Sr. HB- sostiene que es objeto de una discriminación directa por razón de la edad, puesto que, por una parte, los funcionarios federales, cuya edad legal de jubilación es la misma que la suya, pueden, con arreglo al artículo 53 de la BBG, aplazar su jubilación por un período de hasta tres años y, por otra parte, los jueces del estado federado de Baden-Wurtemberg (Alemania), cuya edad de jubilación se fija también, en principio, para ellos en sesenta y siete años, pueden, con arreglo al artículo 6, apartado 2, primera frase, de la Ley relativa a los Jueces y Fiscales del Estado Federado de Baden-Wurtemberg, solicitar el aplazamiento de su jubilación por un período de hasta un año, sin superar, no obstante, el mes en el que alcancen la edad de sesenta y ocho años.

- Por su parte, el BMJ (Ministerio Federal de Justicia de Alemania, en representación de la República Federal de Alemania) niega la existencia, en el caso de autos, de una discriminación directa por razón de la edad, en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/78. A este respecto, alega, en particular, que, para determinar si existe o no tal discriminación, no puede procederse a una comparación entre un juez federal, por un lado, y funcionarios federales o jueces de los estados federados, por otro, ya que la designación de los jueces federales se distingue fundamentalmente del nombramiento de los funcionarios federales y de los jueces de los estados federados. Añade que, suponiendo que exista una desigualdad de trato, esta está justificada, pues el artículo 48, apartados 1 y 2, de la DRiG tiene por objeto obtener una pirámide de edades equilibrada en el seno de la magistratura, dado que la jubilación de empleados de mayor edad permite precisamente a quienes se inician en el oficio acceder a la función pública. Además, aduce que la normativa tiene ventajas en términos de previsibilidad de la renovación del personal habida cuenta de

las particularidades de la selección de los jueces. Por último, sostiene que la apertura previsible y continua de puestos de grado superior tiene por efecto incitar a los jueces a asumir un mayor compromiso.

V. Normativa aplicable al caso

1. Derecho de la Unión Europea

Resultan aplicables varios artículos de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en particular, art. 1, art. 2.1 a), art. 3 y art. 6.1:

- El artículo 1 de la Directiva 2000/78 está redactado en los siguientes términos:

«La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.»

- El artículo 2 de dicha Directiva dispone:

«1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

[...].»

- El artículo 3 de la citada Directiva, titulado «Ámbito de aplicación», prevé en su apartado 1:

«Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos [...]».

- El artículo 6, apartado 1, de la misma Directiva dispone:

«No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.

Dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular:

a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y [remuneración], para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas;

b) el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo;

c) el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación.»

2. Derecho alemán

En la sentencia se citan como normas internas aplicables las siguientes: la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 – BGBl- (art. 95, apartados 1 y 2, relativo a la estructura del Tribunal Supremo y a la designación de los jueces de dichos tribunales); Ley de Selección de los Jueces (art. 1); la DRiG (Ley del Estatuto de la Magistratura, art. 48); la BBG (Ley sobre los Funcionarios Federales, art. 51 y 53, apartado 1) y la Ley relativa a los Jueces y Fiscales del estado Federado de Baden-Wurtemberg, art. 6, apartados 1 y 2). De ellas destacaremos, por su importancia para la resolución del caso, las siguientes disposiciones:

- Art. 48 de la DRiG, la cual dispone:

«(1) Los jueces nombrados para un mandato por tiempo indefinido se jubilarán al término del mes en el que alcancen la edad límite que les sea aplicable. Por regla general, alcanzan la edad límite a la edad de sesenta y siete años (edad legal de jubilación).

(2) La jubilación no podrá aplazarse.

(3) Los jueces nombrados para un mandato por tiempo indefinido y nacidos antes del 1 de enero de 1947 alcanzarán la edad legal de jubilación a la edad de sesenta y cinco años. Para los jueces nombrados para un mandato por tiempo indefinido y nacidos después del 31 de diciembre de 1946, la edad legal de jubilación se elevará del siguiente modo:

Año de nacimiento Aumento en meses Límite de edad Años Meses

[...] 1960 16 66 4 [...].».

- El artículo 51 de la BBG tiene el siguiente tenor:

«(1) Los funcionarios nombrados vitalicios se jubilarán al término del mes durante el cual alcancen el límite de edad que les sea aplicable. Por regla general, la edad límite se alcanza a la edad de sesenta y siete años (edad legal de jubilación), salvo que la ley establezca otro límite de edad (límite de edad especial).

[...]».

- A tenor del artículo 53, apartados 1 y 1a, primera frase, de la BBG:

«(1) A petición del funcionario, la jubilación podrá aplazarse hasta tres años si:

1. ello redundará en interés del servicio y

2. el tiempo de trabajo será de al menos la mitad del tiempo de trabajo semanal regular.

[...]».

- El Art. 6, apartados 1 y 2 de la Ley relativa a los Jueces y Fiscales del estado Federado de Baden-Wurtemberg, dispone:
-

«(1) El juez nombrado para un mandato por tiempo indefinido o determinado se jubilará al finalizar el mes en el que cumpla los sesenta y siete años de edad.

(2) La jubilación por haberse alcanzado el límite de edad se aplazará, previa solicitud, hasta un año, pero no más allá de la expiración del mes en el que el juez cumpla sesenta y ocho años. La solicitud deberá presentarse a más tardar seis meses antes de que se alcance el límite de edad.»

VI. Doctrina básica

En su petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente tiene en cuenta la doctrina del TJUE recaída en relación con la discriminación por razón de edad, en interpretación de la Directiva 2000/78/CE.

Así, de un lado, señala que, según reiterada jurisprudencia del TJUE, derivada de las sentencias de 21 de julio de 2011, Fuchs y Köhler (C-159/10 y C-160/10, EU:C:2011:508), apartado 34; de 6 de noviembre de 2012, Comisión/Hungría (C-286/12, EU:C:2012:687), apartado 51, y de 3 de junio de 2021, Ministero della Giustizia (Notarios) (C-914/19, EU:C:2021:430), apartado 26, una disposición nacional, como el artículo 48, apartado 1, de la DRiG, que establece que las personas son cesadas de pleno derecho en sus funciones cuando alcanzan una determinada edad, mientras que las personas de menor edad que ejercen las mismas funciones pueden seguir ejerciéndolas, introduce una diferencia de trato basada directamente en la edad, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78.

Por otro lado, recuerda que, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, “los motivos enumerados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78 lo son de manera exhaustiva”. Concretamente, en su artículo 1, se señala que la citada Directiva “tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”. Por lo tanto, esta Directiva no tiene por objeto las discriminaciones por razón de la categoría profesional o del lugar de trabajo (Sentencia de 21 de mayo de 2025, SCMD, C-2632/14, EU:C:2025:336, apartado 29 y jurisprudencia citada).

VII. Parte dispositiva

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

“El artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación,

debe interpretarse en el sentido de que

una normativa nacional en virtud de la cual los jueces federales no pueden aplazar su jubilación, mientras que funcionarios federales y jueces de los estados federados sí pueden hacerlo, no establece una diferencia de trato basada directamente en la edad, en el sentido de esa disposición.”

En cuanto a las costas, el TJUE entiende que corresponde al órgano jurisdiccional remitente resolver sobre las mismas. Por último, los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

VIII. Pasajes decisivos

Los pasajes decisivos son los enumerados con los marginales 23, 24, 25, 28, 29 y 30.

23 A este respecto, procede recordar que el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 precisa que existirá discriminación directa cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1 de esa Directiva.

24 Conforme a su artículo 1, la Directiva 2000/78 «tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

25 Por lo tanto, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, los motivos enumerados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78 lo son de manera exhaustiva y esta Directiva no tiene por objeto las discriminaciones por razón de la categoría profesional o del lugar de trabajo (sentencia de 21 de mayo de 2015, SCMD, C-262/14, EU:C:2015:336, apartado 29 y jurisprudencia citada).

[...]

28 Por lo tanto, la diferencia de trato entre, por una parte, los jueces federales y, por otra, los funcionarios federales y los jueces de los estados federados, en particular los del estado federado de Baden-Wurtemberg, se basa en la función desempeñada, respectivamente, por estos diferentes grupos de personas.

29 De ello se deduce que una diferencia de trato como la contemplada en la primera cuestión prejudicial se basa en la categoría profesional a la que pertenecen los interesados tanto a nivel federal como regional, y no en la edad.

30 Dado que este motivo de discriminación no figura entre los motivos enumerados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78, procede concluir que una situación como la contemplada en la primera cuestión no está comprendida en el marco general establecido por el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/78.

IX. Comentario

El órgano jurisdiccional alemán que examina el recurso presentado por el juez HB se pregunta si, en el caso de autos, existe una diferencia basada directamente en la edad debido a que la normativa nacional controvertida en el litigio principal no permite a HB aplazar su jubilación, a diferencia de los funcionarios federales y, por ejemplo, de los jueces del estado federado de Baden-Wurtemberg, que sí tienen esta facultad. Habida cuenta de la formulación extensiva del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, recogido en su artículo 3, apartado 1, que comprende «todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos», dicho órgano jurisdiccional considera que una comparación entre los jueces federales y los jueces de los estados federados es pertinente a efectos de la resolución del litigio principal. Las diferencias existentes en el nombramiento, por una parte, de los jueces federales y, por otra, de los funcionarios federales y de los jueces de los estados federados solo deben tomarse en consideración en la fase de examen de la justificación de la diferencia de trato. Por lo tanto, para resolver el litigio principal, resulta necesario saber si la diferencia de trato así delimitada está o no comprendida en alguno de los motivos de discriminación contemplados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78.

Ello le lleva a plantear cuatro cuestiones prejudiciales al TJUE.

Mediante la primera, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional en virtud de la cual los jueces federales no pueden aplazar su jubilación, mientras que funcionarios federales y jueces de los estados federados sí pueden hacerlo, establece una diferencia de trato basada directamente en la edad, en el sentido de dicha disposición.

A este respecto, recuerda que, de conformidad con el artículo 2, apartado 2 de la Directiva 2000/78, existirá discriminación directa cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por los motivos enunciados en el artículo 1 de la citada Directiva.

Los motivos de discriminación mencionados en el artículo 1 de la Directiva son taxativos, y son los siguientes: religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual. Así pues, resulta claro que no se incluyen entre las causas de discriminación, las basadas en la categoría profesional o en el lugar de trabajo.

En el caso de autos, la diferencia de trato no se da entre las personas pertenecientes a una misma categoría profesional, como, por ejemplo, entre jueces federales que han alcanzado la edad legal de jubilación y los jueces federales que sí pueden hacerlo por no haber alcanzado la edad de jubilación. En efecto, la diferencia de trato se refiere a los jueces federales respecto a otros empleados del sector público, como son los funcionarios federales y los jueces de los estados federados.

Del análisis del marco jurídico nacional, se desprende que las disposiciones que regulan el ejercicio de las funciones de estos diferentes jueces y funcionarios están recogidas en actos legislativos claramente diferenciados. Las personas pertenecientes a estos grupos o categorías profesionales no ejercen las mismas funciones y las condiciones de ejercicio de estas funciones son propias de cada uno de estos grupos.

En consecuencia, la diferencia de trato entre, de un lado, los jueces federales y, de otro, los funcionarios federales y los jueces de los estados federados, se basa en la función desempeñada, respectivamente, por estos diferentes grupos de personas.

De ello se deduce que una diferencia de trato como la contemplada en la primera cuestión prejudicial se basa en la categoría profesional a la que pertenecen los interesados tanto a nivel federal como regional, y no en la edad.

El TJUE concluye que la normativa nacional en virtud de la cual los jueces federales no pueden aplazar su jubilación, mientras que los funcionarios federales y los jueces de los estados federados sí pueden hacerlo, no establece una diferencia de trato basada directamente en la edad, en el sentido del artículo 2, apartado 2 de la Directiva.

Dada la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia considera que no procede responder a las restantes cuestiones, toda vez que las mismas se habían planteado únicamente para el supuesto de que se considerara que la diferencia de trato entre, por una parte, los jueces federales y, por otra, los funcionarios federales y los jueces de los estados federados se basaba directamente en la edad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a) de la Directiva 2000/78.

X. Apunte final

El TJUE acoge claramente a la tesis de la parte recurrida en el litigio principal, esto es, del BMJ, en representación de la República Federal de Alemania.

De su sentencia se deriva que en relación con la edad legal de jubilación y, en particular, en lo que se refiere a la posibilidad o no de su aplazamiento, la discriminación por razón de edad se puede dar entre personas pertenecientes a una misma categoría profesional, pero no entre personas pertenecientes a diferentes grupos profesionales, que ejercen funciones distintas y cuyas condiciones de ejercicio están reguladas por disposiciones separadas.

En lo que se refiere en concreto a los jueces federales de Alemania, la imposibilidad de aplazamiento de la edad de jubilación prevista en su normativa específica obedece a una razón justificada, para obtener una pirámide de edades equilibrada en el seno de la magistratura. Su diferencia de trato con otros empleados públicos no se basa en la edad sino en la categoría profesional.

Y, dado que los motivos de discriminación mencionados por el artículo 2, apartado 2 de la Directiva son taxativos y, entre ellos, no figura la categoría profesional o el lugar de trabajo, una situación como la debatida en el litigio principal no está comprendida en el marco general establecido por el artículo 2, apartado 1, a) de la Directiva 2000/78/CE.

Una vez descartada por Tribunal de Justicia la existencia de una discriminación directa por razón de edad, en respuesta a la primera cuestión prejudicial, considera innecesario responder a las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta. Recordemos que dichas cuestiones hacían referencia al carácter “objetivo” y “razonable” de las

diferencias de trato por motivos de edad, que se daban en Derecho interno entre los diferentes tipos de empleados públicos, en interpretación del artículo 6, apartado 1 de la Directiva.

§ 83 Los pluses por trabajo nocturno o festivo ante las vacaciones funcionariales.

Antonio V. Sempere Navarro

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

Resumen: La prestación de servicios profesionales en festividades o periodos nocturnos suele generar el derecho al cobro de determinados complementos o "pluses". Se discute si esas compensaciones poseen repercusión cuando se trata de abonar el salario durante los permisos, vacaciones y situaciones análogas. Peculiaridad del caso la constituye que quien reclama es un funcionario de la Policía Municipal. La Corporación a que pertenece entiende que se trata de compensaciones extraordinarias, en función de la especial actividad desempeñada, pero sin repercusión en el abono por otros conceptos. La sentencia comentada declara el derecho del demandante a percibir la retribución por días festivos y nocturnidad durante los periodos de vacaciones, situaciones de incapacidad temporal, días de libre disposición y demás permisos retribuidos. Asimismo, declara que los efectos retroactivos del anterior pronunciamiento se extienden al abono de las cantidades correspondientes a los cuatro años inmediatamente anteriores a la fecha de su solicitud inicial.

Palabras clave: Complementos por trabajo en festivos. Plus de nocturnidad. Remuneración de vacaciones. Permisos retribuidos. Policía municipal.

Abstract: Article 82.3 of the Workers' Statute (ET) allows companies in difficulty to disapply part of the content of the collective agreement, but makes this conditional on the achievement of a collective agreement or on the decision of an arbitration award. In the case raised, however, the employer promotes and reaches individual agreements with its staff. The result is that both wages and contribution bases suffer significant decreases. The General Treasury of the Social Security (TGSS) is the one who claims from the company the payment of the contribution differences (not prescribed) and the company warns that this body does not have standing to do so and that, in addition, it is up to the social jurisdiction to rule on the matter. However, STS-CONT 1235/2024 of 9 July considers that the Social Security Administration can carry out a control of legality from the perspective set out above and that the discussion on its correctness is the responsibility of the Courts and Tribunals of the Contentious Order. In view of the evidence that the mandatory procedures to carry out the "unhooking" have not been complied with, the judgment commented on declares its lack of effects and the dismissal of the lawsuit filed by the company.

Keywords: Allowances for work on holidays. Night shift bonus. Vacation pay. Paid leave. Municipal Police.

I. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección Cuarta).

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 4676/2024, de 25 de septiembre.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 3136/2023.

ECLI:ES:TS:2024:4676

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

Votos Particulares: carece.

Ministerio Fiscal: no interviene.

Sentido del fallo: estimatorio.

II. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El acto impugnado es la decisión de Concello de Vigo, desestimatoria de una pluralidad de solicitudes presentadas por agentes de la Policía Local, entre ellos el recurrente^[1], para el abono de atrasos en concepto de complemento de festividad y nocturnidad.

En febrero de 2020 el funcionario interesó el reconocimiento del derecho a percibir los complementos de festividad y nocturnidad durante los periodos de vacaciones, incapacidad temporal, asuntos propios, y demás permisos retribuidos, así como el abono de los atrasos correspondientes a los cinco años anteriores^[2].

1. Sentencia del Juzgado de lo Contencioso

Mediante su sentencia 109/2022, de 19 de mayo, el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Vigo desestimó el recurso interpuesto por el Policía.

Sostiene que los complementos de referencia ya se encuentran incluidos en el complemento específico que percibe la totalidad de los miembros de la Policía Local. Además, se trata de cuantías que están remunerando prestaciones fuera del turno ordinario, por lo que solo cuando acaecen se devengan.

Invoca el principio de legalidad en materia retributiva (arts. 22 a 24 EBEP) y tiene presente que el Ayuntamiento procedió a valorar los puestos de trabajo, modificando la Relación de Puestos de Trabajo en 2008, pasando a efectuar los pagos por los conceptos señalados, que hasta entonces se veían efectuando mediante complemento de productividad, a través del complemento específico. Concluye que el Ayuntamiento ha estado abonado los conceptos reclamados de forma doble: a través del complemento específico y (de forma aislada) a través de las gratificaciones por servicios extraordinarios, ya se trate de horas realizadas fuera de la jornada normal en nocturnidad y/o festividad o sin estas circunstancias.

2. Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia^[3]

A través de su sentencia 143/2023 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia estima en parte el recurso de apelación formalizado por el empleado, reconociendo su derecho a que los complementos por trabajo en festivos o durante la noche sean tomados en cuenta a la hora de remunerar vacaciones o permisos y situaciones de incapacidad temporal. Condena a la Administración demandada al abono de las cantidades correspondientes a los cinco años

inmediatamente anteriores a la fecha de su solicitud inicial. Las líneas argumentales son las siguientes:

A) Las horas de actividad realizadas de noche y en días festivos forman parte del trabajo normal, ordinario y habitual de la Policía Local. No son subsumibles en el complemento de productividad, que retribuye el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña el trabajo.

B) Se trata de una retribución objetiva a cuya percepción tiene derecho el trabajador por el mero hecho de desarrollar las funciones de un determinado puesto de trabajo, por lo que su régimen jurídico debe ser el mismo que el de las retribuciones fijas en su cuantía y periódicas en su devengo.

C) Tampoco el abono de tales pluses responde al concepto de gratificación o al de complemento de desempeño, por no tener los servicios retribuidos la condición de extraordinarios ni llevarse a cabo fuera de la jornada reglamentaria; se trata de servicios que forman parte de la jornada normal y habitual del demandante^[4].

D) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha explicado que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas. De este modo, debían mantenerse, en su caso, los complementos relacionados con su calidad de superior jerárquico, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales^[5].

E) La retroactividad del derecho se lleva a los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud inicial ante la Administración, tomando para ello el plazo dispuesto en la norma autonómica^[6].

3. Auto de admisión^[7]

La disconformidad del Ayuntamiento de Vigo con la solución de segundo grado le llevó a interponer recurso de casación contencioso administrativo. Mediante Auto de 29 de junio de 2023 fue admitido a trámite por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Son dos las cuestiones que identifica como necesitadas de clarificación:

- Si las jornadas nocturnas y/o festivas de la Policía Local pueden considerarse integradas en la retribución ordinaria -complemento específico- a efectos de incluir su cobro durante el período de vacaciones y otras ausencias reglamentarias como permisos retribuidos o bajas, o si por el contrario dan lugar a una retribución adicional mediante el concepto retributivo de gratificaciones por servicios extraordinarios en función de su efectiva prestación -exceso de jornada.
- Precisar el plazo de prescripción del derecho a reclamar cantidades adeudadas por los anteriores conceptos, si el plazo de 4 años previsto en el art. 25 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria o el plazo que señale la normativa autonómica presupuestaria, en particular, el plazo de 5 años previsto en el artículo 23 del Decreto Legislativo 1/1999, texto refundido Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia.

III. Posición de las partes

1. Ayuntamiento recurrente

El recurso sostiene que los complementos o retribuciones funcionariales son sólo las legalmente previstas. En la estructura retributiva de la Policía no existe el tipo de complementos pretendido, por lo que los mismos no se pueden reconocer.

El resultado a que se llega, en caso contrario, comporta un enriquecimiento injusto, pues la valoración concreta de los puestos de trabajo tomó en consideración esas circunstancias de nocturnidad o festividad.

En todo caso, el plazo de prescripción de las remuneraciones debe ser el de cuatro años previsto en la Ley General Presupuestaria.

2. Funcionario recurrido

El demandante insiste en los argumentos de la sentencia recurrida: 1º) Los complementos por nocturnidad y festividad que se están percibiendo por parte del actor, no están remunerando prestaciones fuera del turno ordinario, sino que son los que se realizan dentro de su jornada ordinaria. 2º) La interpretación que se hace resulta acorde con la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2.003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que en el artículo 7 impone a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para que se disponga de un periodo de vacaciones remuneradas como si se prestase actividad.

IV. Normativa aplicable al caso

No son demasiadas las normas a tener en cuenta, pero, precisamente por eso, resulta muy conveniente su estudio detallado.

1. Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)

El artículo 24 del EBEP se rubrica como “retribuciones complementarias” y posee el siguiente contenido:

La cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública atendiendo, entre otros, a los siguientes factores:

- a) La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa.
- b) La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo.
- c) El grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos.
- d) Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo.

2. Ley 30/1984, de 2 agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública

El artículo 23 de esta Ley aborda los conceptos retributivos y su apartado 3 dispone lo siguiente:

Son retribuciones complementarias:

- a) El complemento de destino correspondiente al nivel del puesto que se desempeñe.
- b) El complemento específico destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. En ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo.
- c) El complemento de productividad destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo.

Su cuantía global no podrá exceder de un porcentaje sobre los costes totales de personal de cada programa y de cada órgano que se determinará en la Ley de Presupuestos. El responsable de la gestión de cada programa de gasto, dentro de las correspondientes dotaciones presupuestarias determinará, de acuerdo con la

normativa establecida en la Ley de Presupuestos, la cuantía individual que corresponda, en su caso, a cada funcionario.

En todo caso, las cantidades que perciba cada funcionario por este concepto serán de conocimiento público de los demás funcionarios del Departamento u Organismo interesado así como de los representantes sindicales.

d) Las gratificaciones por servicios extraordinarios, fuera de la jornada normal, que en ningún caso podrán ser fijas en su cuantía y periódicas en su devengo.

3. *Ley 47/2003, de 26 noviembre, General Presupuestaria (LGP)*

El artículo 25 LGP, a su vez, aborda la “Prescripción de las obligaciones” y su número 1 prescribe lo que sigue:

Salvo lo establecido por leyes especiales, prescribirán a los cuatro años:

a) El derecho al reconocimiento o liquidación por la Hacienda Pública estatal de toda obligación que no se hubiese solicitado con la presentación de los documentos justificativos. El plazo se contará desde la fecha en que se concluyó el servicio o la prestación determinante de la obligación o desde el día en que el derecho pudo ejercitarse.

b) El derecho a exigir el pago de las obligaciones ya reconocidas o liquidadas, si no fuese reclamado por los acreedores legítimos o sus derechohabientes. El plazo se contará desde la fecha de notificación, del reconocimiento o liquidación de la respectiva obligación.

4. *Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia*

El artículo 23 del Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia dispone que, salvo lo establecido por las Leyes reguladoras de los diferentes recursos, prescribirá a los cinco años el derecho de la Hacienda de la Comunidad:

a) A reconocer o liquidar créditos a su favor, computándose el citado plazo desde el día en el que el derecho pudo ejercitarse.

b) Al cobro de los créditos reconocidos o liquidados, que se contará desde la fecha de su notificación o, si ésta no fuese preceptiva, desde su vencimiento.

V. **Doctrina básica**^[8]

1. *Onerosidad y penosidad del trabajo prestado*

Quando el funcionario trabaja en régimen de turnos, forma parte de su jornada ordinaria de trabajo que el servicio lo tenga que prestar en horario de noche y en días festivos. La especial penosidad que ello implica tiene una traducción en las retribuciones que se plasma en un específico concepto retributivo que, si se reconoce, se integra en la retribución ordinaria y regular que se percibe aunque, de hecho, no se presten esos servicios en período de vacaciones anuales, incapacidad temporal, permisos por asuntos propios y demás permisos retribuidos^[9].

2. *No se genera un concepto retributivo extralegal*

Especial atención presta la STS comentada a advertir que su solución no comporta crear un concepto retributivo sin amparo legal, contrariando la naturaleza estatutaria de la relación funcional.

Lo que sucede es que si un concepto retributivo se integra en la nómina funcional retribuyendo el trabajo ordinario y regular, esa retribución se perciba al margen de la efectiva prestación del trabajo^[10].

3. Prestación de servicios extraordinarios

Si los servicios nocturnos o en festivos se prestan fuera de la jornada ordinaria de trabajo por turnos considera la STS glosada que el caso es diverso. Entonces su cobro no se integra en la nómina como un concepto retributivo permanente o estable, si bien de cálculo variable, sino que esas horas fuera de jornada se retribuirán como plus, o gratificación, o con la denominación que proceda, también la de complemento ex artículo 24.d) del EBEP.

En tal caso lo que cuenta es que sólo se retribuyen esos servicios si realmente se prestan, luego no se retribuyen si no se prestan, lo que ocurrirá cuando se disfrute de vacaciones, permisos o licencias o se cause baja por enfermedad.

4. Plazo prescriptivo

Ante el silencio de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobada como texto refundido por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, debe aplicarse el plazo de cuatro años contemplado en el artículo 25 de la LGP pues es la regla general de los créditos frente a las Administraciones.

Es el que aplican todas las normas autonómicas en materia de Hacienda y Finanzas con la excepción de Galicia y Murcia, cuyas leyes de 1999, luego anteriores a la vigente LGP, no se han reformado.

VI. Parte dispositiva^[11]

Como consecuencia de los razonamientos desenvueltos, favorables a la estimación parcial de la demanda, la Sala Tercera del Tribunal Supremo acuerda lo siguiente:

A) Estimar el recurso del Ayuntamiento contra la sentencia del TSJ de Galicia, que se casa y anula^[12].

B) Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Policía contra la sentencia del Juzgado, que se revoca.

C) Declarar el derecho del demandante a percibir la retribución por días festivos y nocturnidad durante los períodos de vacaciones, situaciones de incapacidad temporal, días de libre disposición y demás permisos retribuidos. Estimar también su derecho a percibir las horas extraordinarias o de exceso de jornada tomando en cuenta esas partidas.

D) Extender los efectos retroactivos de este criterio a los cuatro años inmediatamente anteriores a la fecha de su solicitud inicial.

VII. Pasajes decisivos

El Fundamento de Derecho Cuarto es el que condensa la doctrina sentada, en los siguientes términos:

1º.- Cuando el funcionario presta servicios en régimen de turnos en los que se incluyen turnos de noche y festivos, si esos servicios se prestan dentro del horario de la jornada ordinaria de trabajo, el funcionario tiene derecho a su retribución en periodos de vacaciones anuales, incapacidad temporal, permisos por asuntos propios y demás permisos retribuidos.

2º En el ámbito de la función pública local el plazo de prescripción del derecho a reclamar cantidades adeudadas por los anteriores conceptos es el de cuatro años previsto en el artículo 25 de la LGP.

VIII. Comentario

La forma de abordar la cuestión suscitada merece contraste con la acogida por la jurisdicción social, que seguidamente recordamos.

1. La doctrina del TJUE sobre remuneración vacacional

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea impone a los Tribunales un examen casuístico que en cada supuesto lleve a una conclusión que sea respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la UE, pero a la vez satisfaga -y éste ha de ser el norte de la interpretación judicial- la finalidad de efectivo descanso que persigue la figura de vacaciones retribuidas.

2. Los complementos ocasionales^[13]

Si de la retribución vacacional solamente han de excluirse los complementos «ocasionales», es claro que aquellos que aun estando en la «zona de duda», sin embargo resultan habituales en la empresa, en tanto que se corresponden con una actividad ordinaria en ella. Como consecuencia de ello han de figurar en el Convenio Colectivo como pluses computables en la paga de vacaciones. Pero de todas formas el derecho a su cómputo no puede por ello atribuirse a todos los trabajadores, sino que cada trabajador individualizado solamente tiene derecho a que se le compute su «promedio» en vacaciones respecto de tal plus si lo ha percibido con cierta habitualidad –no cuando ha sido meramente ocasional su devengo–, porque sólo en tal supuesto se trataría de una retribución «ordinaria» –término contrapuesto a «ocasional» o «esporádica»–. Y es aquí precisamente donde juega un papel decisivo la negociación colectiva, que bien pudiera determinar la línea divisoria entre la ocasionalidad y la habitualidad, y que a falta de regulación colectiva ha de situarse en el percibo del plus en la mayoría de mensualidades del año de cuyo disfrute vacacional se trate”

3. Objetivación del cálculo^[14]

La jurisprudencia social viene sosteniendo que no puede reconocerse un derecho automático al cómputo de un determinado complemento en favor de todo trabajador que en alguna ocasión hubiera percibido el complemento en cuestión, *“sino que tan sólo tiene derecho a percibir su «promedio» quienes hubiesen sido retribuidos habitualmente con él, lo que –a falta de especificación convencional– hemos de entender que sólo tiene lugar cuando se hubiese percibido en seis o más meses de entre los once anteriores”*

Se descarta, así, que pueda incluirse en la retribución de vacaciones el promedio de todos los complementos que pudiese haber percibido el trabajador de forma aislada y puramente episódica en un momento determinado de la anualidad. Tan solo debe computarse el promedio de aquellos que se han devengado al menos durante seis meses en los once anteriores, en tanto que ese periodo referencial marca la línea divisoria entre lo que puede calificarse razonablemente como habitual en contraposición a lo ocasional.

Sentado lo anterior, teniendo en cuenta que, en principio la retribución por vacaciones debe calcularse de manera que corresponda a la retribución normal del trabajador, y que “cuando la retribución percibida por el trabajador está compuesta por varios elementos, la determinación de esta retribución ordinaria, y, por tanto, del importe al que dicho trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, necesita un análisis específico” (STJUE *Williams y otros* –C 2011/588–), queda por determinar en cada caso si los complementos o pluses controvertidos en cada caso retribuyen un trabajo realmente extraordinario que hace que haya de excluirse de la retribución por vacaciones.

4. El ejemplo de las comisiones

Se trata de un modo de retribución común que, como el salario base o el resto de complementos expresamente previstos en el Convenio, ha de abonarse a los trabajadores durante su periodo vacacional, puesto que esa es la mejor forma de cumplir con el mandato expreso del *art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT* (“remuneración normal o media”), que es la disposición directamente aplicable al caso, en la “interpretación conforme” con el Derecho de la Unión (la Directiva 2003/88 que,

no lo olvidemos, según su art. 1.1, tiene como objetivo el establecimiento de "disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo"), tal como ha sido entendida reiteradamente por el TJUE (casos Lock, Bollacke o Greenfield, y los que en ellos se citan).

Eso comporta la ilegalidad del convenio colectivo que deja fuera de la remuneración vacacional un concepto retributivo habitual, como el de las comisiones así como, con mayor razón, cuando se opone a ese resultado el tenor de lo pactado de forma individual^[15].

IX. Apunte final

A) En el ámbito laboral el problema último reside en identificar los criterios de aplicación para discernir hasta qué punto estamos ante la percepción ordinaria y habitual de un determinado complemento, que por este motivo deba considerarse como integrante de la retribución media del trabajador que se corresponda con el "salario real" que debe abonarse en vacaciones. De la retribución vacacional solamente han de excluirse los complementos "ocasionales". Aquellos que estén en la "zona de duda", si se corresponden con una actividad ordinaria, han de figurar como pluses computables en la paga de vacaciones; a su vez, el derecho a su cómputo no puede por ello atribuirse a todos los trabajadores, sino que para cada integrante de su plantilla solo se devengará si lo ha percibido con cierta habitualidad (no cuando ha sido meramente ocasional su devengo), porque sólo en tal supuesto se trataría de una retribución "ordinaria" (término contrapuesto a "ocasional" o "esporádica")^[16].

B) El enfoque que el orden contencioso ha asumido no es del todo concordante con el laboral. Ha identificado el carácter ordinario de una retribución con lo que acaece dentro de la jornada habitual. Pero si fuera de esos parámetros se reitera una circunstancia, en la realidad se habría transformado en ordinaria.

C) A tenor de la doctrina eurounitaria, si un complemento se percibe por actividad que se realiza de modo habitual, constituye una retribución ordinaria y, en consecuencia, ha de incluirse en el cálculo de la retribución de las vacaciones; únicamente si estamos ante complemento devengado por actividad que se realiza de manera puntual, se califica como retribución extraordinaria y no ha de tomarse en cuenta para fijar el importe de la retribución de las vacaciones.

Por ejemplo, si una persona ha percibido complemento de turnicidad en seis o más meses de los once precedentes carece de sentido el debate acerca de la ocasionalidad o incompatibilidad. Por tanto, la exclusión absoluta, no es compatible con esa conclusión.

Referencias:

1. [^] *Presta sus servicios en régimen de turnos, esto es, 6 días de trabajo seguidos y 4 días de descanso; desarrolla actividad en turnos de mañana, tarde o en horario nocturno, así como en días festivos.*
2. [^] *Por razones procesales, queda al margen del debate su reclamación referida a horas extraordinarias.*
3. [^] STSJ-CONT Galicia 143/2023 de 27 febrero (rec. 431/2022). Ponente, Sra. Sánchez Romero. ECLI:ES:TSJGAL:2021:1059.
4. [^] *Invoca doctrina de STS-CONT 1 octubre 2020 (rec. 7908/2018) conforme a la cual no estamos ante una gratificación porque el "plus de nocturnidad" por el trabajo realizado por la noche forma parte de su jornada de trabajo habitual. Así es, la prestación de servicios se produce alternando un turno*

continuado de 24H con tres días de descanso. De modo que la nocturnidad forma parte de prestación del servicio en su jornada normal, no es un servicio extraordinario, ajeno a esa jornada habitual, que deba ser gratificado. Otro tanto sucede con el "plus de festividad", pues forma parte de su jornada ordinaria realizar un mínimo de 48 horas en día festivo, es decir, 2 de las 7 u 8 jornadas al mes, ha de ser en festivo. En consecuencia, cuando se realiza la jornada en día festivo no se trata de un servicio extraordinario al margen de su jornada normal, sino que forma parte de la habitual y ordinaria prestación de servicios mensual.

5. ^ Cita las SSTUE 15 septiembre 2011 (C-155/10) y 22 mayo 2014 (C-539/12).
6. ^ Artículo 23 del Decreto Legislativo 1/1999 , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia
7. ^ Auto de 29 de junio de 2023 (rec. 3136/2023), Ponente, Sr. Fonseca-Herrero Raimundo. ECLI:ES:TS:202:9286A.
8. ^ La resolución comentada sigue el criterio de la precedente STS-CONT 1192/2024 de 4 julio (rec. 9062/2022), Ponente, Sr. Requero Ibáñez, ECLI:ES:TS:2024:3843.
9. ^ Queda al margen el debate sobre el modo de remunerar esas circunstancias; al respecto, STS-CONT 784/2024, de 9 de mayo (rec. 830/2022).
10. ^ En sentido parecido SSTS-CONT 1677/2019, de 4 diciembre (rec. 101/2019); 1054/2020, de 21 julio y 771/2022, de 16 junio (rec. 2616/2019 y 420/2020).
11. ^ Se omite aquí el apartado referido a las costas procesales.
12. ^ La sentencia impugnada es acertada en lo que se refiere a la primera cuestión de interés casacional -no así en la segunda-, pero la STS comentada opta por casarla y anularla para resolver con mayor claridad y seguridad el litigio y las pretensiones en él ejercitadas. Por tanto, se casa y anula la sentencia impugnada dictada en apelación y, ya como tribunal de apelación, estima el recurso del funcionario.
13. ^ Por todas, SSTS-SOC SSTS 223/2018 y 532/2018.
14. ^ Doctrina reiterada en numerosas ocasiones por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo; por todas, STS 979/2022 de 20 diciembre (rec. 27/2021).
15. ^ Por todas, STS-SOC 1183/2023 de 19 diciembre (rec. 2568/2021).
16. ^ Es aquí precisamente donde juega un papel decisivo la negociación colectiva, que bien pudiera determinar la línea divisoria entre la ocasionalidad y la habitualidad. La doctrina ha aquilatado ya cuándo una remuneración debe considerarse habitual a efectos vacacionales (si se percibe durante seis o más meses de los once precedentes a la vacación), así como indicado la forma de averiguar su cuantía si la misma ha sido variable (promediando la percibida durante el número de meses en que se ha cobrado).

§ 84 Proceso de conflicto colectivo y acceso a la información del registro de jornada por los representantes legales de los trabajadores. Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y las exigencias procesales del recurso de casación.

María Emilia Casas Baamonde

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

Resumen: La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 1142/2024, de 17 de septiembre de 2024, estima el recurso de casación interpuesto por una federación sindical con defectos procesales no causantes de indefensión. El procedimiento de conflicto colectivo al que acudió el sindicato en instancia es adecuado para dilucidar su pretensión sobre la conducta exigible al BBVA respecto de la accesibilidad de los representantes legales de los trabajadores a la información del registro diario de jornada, que no cuestiona la validez de ningún precepto del XXIV convenio colectivo sectorial de banca, de aplicación, ni plantea un conflicto de intereses.

Palabras clave: Registro diario de jornada. Acceso a la información. Representantes legales de las personas trabajadoras. Proceso de conflicto colectivo. Proceso de impugnación de convenios colectivos estatutarios. Derecho a la tutela judicial efectiva. Recurso de casación. Requisitos formales. Interpretación anti formalista. BBVA.

Abstract: The judgment of the Social Chamber of the Supreme Court 1142/2024, of September 17, 2024, upholds the appeal for cassation filed by a trade union federation with procedural defects not causing defenselessness. The collective conflict procedure used by the union at first instance is appropriate to elucidate its claim regarding the conduct required of BBVA regarding the accessibility of the legal representatives of the workers to the information of the daily record of the workday, which does not question the validity of any provision of the XXIV sectoral collective agreement of banking, applicable, nor does it raise a conflict of interests.

Keywords: Daily record of working hours. Access to information. Legal representatives of workers Collective conflict process. Process of challenging statutory collective agreements. Right to effective judicial protection. Appeal. Formal requirements. Anti-formalist interpretation. BBVA.

I. Introducción

La cuestión de fondo objeto de la pretensión de la federación sindical, el acceso directo al registro diario de jornada, o subsidiariamente a los datos del registro diario de jornada, en cualquier momento y de manera inmediata, sin que pueda limitarse la empresa a poner a disposición de las secciones sindicales un listado mensual con los

datos del registro, cuyo incumplimiento, por lo demás, también denuncia la demanda sindical, no fue debatida ni en la instancia, ni en el recurso de casación. La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional declaró la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo para articular la pretensión de la federación sindical demandante, considerando que, en atención a su contenido material, el único cauce procesal en que podía emprenderse y resolverse judicialmente era el de impugnación del XXIV convenio colectivo del sector bancario, en concreto de su art. 29 apartado IV 2. La sentencia 1142/2024, de 17 de septiembre, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo estima el recurso de casación y casa y anula la sentencia de instancia, con retroacción de las actuaciones.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo aquí comentada es una sentencia procesal, que tampoco se pronuncia sobre el fondo de la litis. Pese a ello, o precisamente por ello, presenta un interés sobresaliente sobre su propio canon de enjuiciamiento del derecho al recurso de casación general, en el marco del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y sobre la adecuación del proceso de conflicto colectivo para exigir una determinada conducta al BBVA respecto del acceso de las representaciones legales de los trabajadores a la información del registro diario de jornada, que no cuestiona la validez de ningún precepto del XXIV convenio colectivo sectorial de banca, sino su aplicación por la empresa en relación con la regulación del art. 34.9 del Estatuto de los Trabajadores.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1142/2024, de 17 de septiembre.

Tipo y número recurso: recurso de casación núm. 191/2022.

ECLI: ES:TS:2024:4573

Fuente: CENDOJ

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

Votos Particulares: carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema suscitado por la federación sindical SEC en su demanda de conflicto colectivo a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, a la que se adhirieron CGT, ELA y CIG, se refirió a la aplicación por la empresa de la regulación convencional del registro de jornada, del convenio colectivo sectorial y del acuerdo de empresa, presuntamente contraria al contenido y alcance del art. 34.9 del ET, precepto legal que, en su consideración, reconoce a la RLT el derecho de acceder en cualquier momento y de forma inmediata al registro de jornada, imponiendo a la empresa la correspondiente obligación legal, que la negociación colectiva únicamente puede mejorar. Desestimada la demanda del sindicato por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, sin entrar en el fondo, por la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo para resolver la controversia, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo estima el recurso de casación de la federación SEC al considerar adecuada la modalidad procesal de conflicto colectivo, casa y anula la sentencia de la Sala de instancia, con retroacción de las actuaciones, sin entrar en el fondo de la cuestión debatida.

1. Hechos

Conforme a los hechos probados de la sentencia de instancia, que la sentencia comentada recoge ampliamente en su *Antecedente de hecho*, 4º, BBVA, S.A. y las

secciones sindicales de CCOO, UGT y ACB, representando el 72,69% de la representación legal de la plantilla, firmaron el Acuerdo de 25 de septiembre 2019, de "Registro de Jornada", que regula el sistema de registro diario de jornada que aplica BBVA. En su apartado V.2º se dispone que la empresa pondrá a disposición de la RLT con carácter mensual la información del registro de jornada en formato electrónico correspondiente a su ámbito de actuación, y que cada sección sindical constituida en BBVA nombrará a dos representantes a efectos de facilitarles dicha información.

Paralelamente el 10-1-2019 se iniciaron las negociaciones del convenio colectivo sectorial de banca, en las que se discutió el modelo de registro de jornada, presentando sucesivas y alternativas propuestas la AEB y los sindicatos UGT, CCOO y FINE.

En el BOE de 4 de febrero de 2020 se publica el Acuerdo de la Dirección General de Trabajo sobre registro diario de jornada del Convenio colectivo del sector de la banca, de 22 de enero de 2020.

El XXIV Convenio colectivo del sector de la banca se publicó en el BOE de 30 de marzo de 2021 (resolución de la Dirección General de Trabajo de 17 de marzo de 2021).

2. Antecedentes

La Federación Sindicat D'Estalvi de Catalunya -Sindicato de empleados de Crédito (Federación SEC) interpuso demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 16 de febrero de 2022. Su sentencia 51/2022, de 31 de marzo de 2022^[1], desestimó la demanda declarando la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo instado por la demandante para resolver la controversia, y, sin entrar en el fondo del asunto, desestimó la demanda, a la que se habían adherido los sindicatos CGT, ELA y CIG, absolviendo a BBVA, SA, de las pretensiones en su contra.

La Federación SEC preparó recurso de casación contra aquella sentencia, que formalizó el 17 de mayo de 2022, basándose en un único motivo, al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción del art. 153.1 LRJS en relación con el art. 163.4 de la misma norma.

IV. Posición de las partes

La Federación Sindicat D'Estalvi de Catalunya -Sindicato de empleados de Crédito (Federación SEC) alegó, en su demanda a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que el BBVA aplica la regulación convencional del registro de jornada, contenida en el XXIV convenio colectivo sectorial de banca y en el acuerdo de empresa, de un modo que vacía en parte el contenido y alcance del art. 34.9 del ET, precepto legal que, en su consideración, reconoce a la RLT el derecho de acceder en cualquier momento y de forma inmediata al registro de jornada, imponiendo a la empresa la correspondiente obligación legal, que la negociación colectiva únicamente puede mejorar. No es válida, en consecuencia, la sustitución de esa obligación legal por la entrega mensual de los registros, obligación que tampoco cumple el BBVA desde 5/21 a 2/22. Trae en su apoyo los criterios técnicos elaborados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) y la Guía del Ministerio de Trabajo.

En el acto del juicio la pretensión de la federación sindical demandante quedó concretada en que la sentencia de la Audiencia Nacional declarase la obligación del BBVA de mantener a disposición de la RLT, y de las secciones sindicales constituidas en BBVA, el registro diario de jornada de manera que sea accesible en cualquier momento y de manera inmediata, condenando a la empresa a estar y pasar por dicha declaración y a poner los medios para que ello sea posible; y el derecho de la sección sindical de la federación SEC, o subsidiariamente de sus delegados sindicales, así como del resto de secciones sindicales constituidas en BBVA, a acceder directamente al registro diario de jornada o subsidiariamente a los datos del registro diario de jornada, en cualquier momento y de manera inmediata, sin que pueda limitarse la

empresa a poner a disposición de las secciones sindicales un listado mensual con los datos del registro, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración.

BBVA opuso en la instancia la excepción de inadecuación de procedimiento, por considerar que la demanda pretendía la nulidad de una cláusula convencional, que debe tramitarse por la modalidad procesal de impugnación de convenios del art. 163 y ss. de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS); excepción que apreció la citada sentencia 51/2022, de 31 de marzo, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Consideró la Audiencia Nacional que la controversia suscitada por la entidad sindical demandante oponía la norma legal a la convencional, al sostener que esta limita indebidamente el derecho de acceso a la información registrada sobre la jornada de trabajo por parte de la RLT, pretensión que sólo podía enjuiciarse impugnando el art. 29, apdo. IV.2, del XXIV convenio colectivo del sector bancario, sin que la inadecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo utilizada pudiera ser objeto de subsanación por la vía del art. 102.2 de la LRJS, “ya que no sólo la pretensión sino las partes legitimadas son distintas en ambos casos y además es necesaria la presencia del Ministerio fiscal” (FD 3º).

La entidad sindical denunció, en su recurso de casación, la infracción del artículo 153.1 LRJS en relación con el artículo 163.4 LRJS, al apreciar la sentencia de instancia la inadecuación de procedimiento, afirmando su no oposición a la regulación del XXIV convenio colectivo sectorial de banca, sino a la interpretación por la empresa del art. 34.9 del ET. La Audiencia Nacional había variado su previo criterio (SAN 85/2017 de 12 junio) y desconocido el del Tribunal Supremo (STS 99/2019 de 7 febrero, rec. 223/2017).

BBVA impugnó el recurso de casación, sosteniendo su inadmisión (al invocar el sindicato al amparo del art. 207.e) de la LRJS una infracción procesal, y no normativa) y su desestimación por estribar su objeto real en la impugnación del convenio colectivo, desembocando en un conflicto de intereses, con cita de jurisprudencia y de doctrina judicial.

El Ministerio Fiscal informó de la improcedencia del recurso, al haberse promovido por el motivo del apdo. e) del art. 207 de la LRJS y no por el del apartado c) del citado precepto legal procesal, dado el carácter meramente procesal de la sentencia recurrida, cuya solución desestimatoria, ya en su solicitud de desestimación, comparte por sus mismas razones.

V. Normativa aplicable al caso

Estatuto de los Trabajadores, modificado por el art. 10 del Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo

“Artículo 34. Jornada”

[...]

“9. La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo.

Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.

La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”.

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

“CAPÍTULO VIII”

“Del proceso de conflictos colectivos”

“Artículo 153. Ámbito de aplicación”

1. Se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las que regulan el apartado 2 del artículo 40, el apartado 2 del artículo 41, y las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, o de una práctica de empresa y de los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, así como la impugnación directa de los convenios o pactos colectivos no comprendidos en el artículo 163 de esta Ley. Las decisiones empresariales de despidos colectivos se tramitarán de conformidad con lo previsto en el artículo 124 de esta Ley”.

[...]

“CAPÍTULO IX”

“De la impugnación de convenios colectivos”

[...]

“Artículo 163. Iniciación”

[...]

“4. La falta de impugnación directa de un convenio colectivo de los mencionados en el apartado 1 de este artículo no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a Derecho. El juez o tribunal que en dichos procedimientos apreciara la ilegalidad de alguna de las referidas disposiciones lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos”.

[...]

“Artículo 207. Motivos del recurso de casación”

[...]

“e) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”.

Acuerdo sobre registro diario de jornada del Convenio colectivo del sector de la banca (Código de convenio: 99000585011981), resolución de la Dirección General de Trabajo, de 22 de enero de 2020, de registro y publicación (BOE 4 de febrero de 2020).

•

“IV. Accesibilidad a la información registrada”

“1. Por parte de la persona trabajadora

Cualquier trabajador o trabajadora podrá acceder y descargar del sistema, en cualquier momento y de forma exclusiva su registro diario de jornada para consultar sus propios datos tal y como figuren en el citado registro.

2. Por los representantes legales de los trabajadores

Con carácter mensual la Empresa facilitará a la representación legal de los trabajadores, mediante soporte informático que permita su tratamiento (hoja de cálculo o similares) el contenido del registro de jornada de las personas trabajadoras del centro de trabajo en el que ejerzan su representación. La misma información, y en los mismos términos, se facilitará a los Delegados Sindicales en el ámbito de su representación, de conformidad con lo establecido en los artículos 10.2 y 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

Esta información, también podrá facilitarse a través de las Secciones Sindicales de Empresa, según lo establecido en el artículo 60 del Convenio Colectivo”.

XXIV Convenio colectivo del sector de la banca, suscrito el 29 de enero de 2021 (Código de convenio 99000585011981), resolución de la Dirección General de Trabajo, de 17 de marzo de 2021, de registro y publicación (BOE 30 de marzo de 2020).

[...]

“Artículo 29. Registro de jornada”

[...]

“IV. Accesibilidad a la información registrada”

“1. Por parte de la persona trabajadora.

Cualquier trabajador o trabajadora podrá acceder y descargar del sistema, en cualquier momento y de forma exclusiva su registro diario de jornada para consultar sus propios datos tal y como figuren en el citado registro.

2. Por los representantes legales de los trabajadores.

Con carácter mensual la Empresa facilitará a la representación legal de los trabajadores, mediante soporte informático que permita su tratamiento (hoja de cálculo o similares) el contenido del registro de jornada de las personas trabajadoras del centro de trabajo en el que ejerzan su representación. La misma información, y en los mismos términos, se facilitará a los Delegados Sindicales en el ámbito de su representación, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

Esta información, también podrá facilitarse a través de las Secciones Sindicales de Empresa, según lo establecido en el artículo 64 del Convenio Colectivo”

VI. Doctrina básica

1. La proyección del derecho a la tutela judicial efectiva sobre los requisitos procesales de acceso al recurso de casación; interpretación antiformalista

La sentencia expone la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el acceso al recurso de casación “ordinaria” o general y su interpretación rigurosa de sus requisitos formales, pero no “formalista” o exagerada, reiterando las exigencias del art. 210.2 de la LRJS sobre el escrito de interposición del recurso.

De inmediato da entrada al defecto de admisión denunciado por el escrito de impugnación del recurso del BBVA y por el informe del Ministerio Fiscal, consistente en que el recurso se interpone con apoyo en el motivo e) del art. 207 de la LRJS – “infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”-, si bien pide la nulidad de la sentencia recurrida de la Audiencia Nacional por razones procesales, motivo c) del art. 207 de la LRJS – “quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la

parte". La aplicación de la doctrina de la STS 269/2021, de 3 de marzo de 2021^[2], conduciría a la inadmisión/desestimación del recurso, pues, habiendo desestimado la demanda la sentencia de la Audiencia Nacional por la inadecuación del procedimiento, la única vía hábil para canalizar el recurso de casación era el motivo c) del art. 207 de la LRJS.

La Sala reconoce que la federación sindical recurrente ha acogido su recurso a un motivo de casación indebido. Pero descarta su desestimación por tal causa, pues, en aplicación de su doctrina antiformalista, señala que esa consecuencia solo puede derivarse del hecho de que la formulación defectuosa del recurso de casación "haya comportado indefensión o infracción procesal de consecuencias relevantes". Con cita de la propia STS 269/2021, y de otras decisiones anteriores, así como de doctrina constitucional, afirma: "[n]o debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano".

Esto es lo sucedido en el caso, a lo que la sentencia añade que el recurso "posee ribetes procesales, pero el argumento de fondo entronca con normas sustantivas", configurándose como una especie de recurso mixto, lo que de nuevo contraviene el mandato del legislador procesal, del art. 210 de la LRJS, que exige la expresión por separado, y con rigor y claridad, de los motivos de la casación. Sin embargo, tampoco aquí, de acuerdo con la STS 438/2016 de 18 mayo de 2016^[3], el defecto procesal "posee la suficiente enjundia para alterar el equilibrio procesal y arrastrar a su fracaso".

La sentencia concluye: "Una perspectiva [de] exigencia de cumplimiento razonable conduce a tener por válido el recurso puesto que permite acceder a un cabal conocimiento sobre lo pretendido, sin generar indefensión alguna".

2. Sobre las modalidades procesales de conflicto colectivo y de impugnación de convenios colectivos estatutarios. La adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo a la naturaleza de la pretensión ejercida por el sindicato recurrente

La sentencia repasa la amplia doctrina de la Sala sobre las diferencias entre ambas modalidades procesales a partir de su regulación respectiva en la LRJS, se detiene en el art. 163.4 de dicha Ley, y marca los distintos tiempos de ejercicio de la acción impugnatoria de convenios colectivos, sin necesidad de actos empresariales de aplicación; y de conflicto colectivo, precisada de esa actuación empresarial de aplicación, sin perjuicio de que se alegue la ilegalidad de los preceptos convencionales aplicados sin pretender la declaración de esa ilegalidad. Añade el diferente significado procesal de la apreciación de la existencia de un conflicto colectivo de intereses o económico, que exige la desestimación de la demanda con efecto de cosa juzgada, y no la estimación de la excepción de inadecuación de procedimiento, ni la declaración de falta de jurisdicción.

Lo relevante es el contenido de la pretensión ejercitada, en el caso por la federación SEC, que la sentencia analiza con detalle en la demanda, en el acto del juicio y en el recurso, para concluir que no interesa de forma expresa la declaración de ilegalidad de precepto alguno del XXIV convenio colectivo, ataca la interpretación realizada del art. 39.4 del ET, y en su complementación la convencional colectiva, y añade que la empresa tampoco cumple regularmente con el deber convencional de entregar mensualmente el listado de datos del registro horario. En todo momento, FEC sostiene que el art. 39.4 ET "obliga a que la empresa permita el acceso permanente y directo de la RLT al registro de jornada", sin cuestionar la regulación convencional colectiva, que, en su criterio, ha de "cohonestarse con las exigencias legales, operando de modo complementario".

A partir de aquí la sentencia doctrina de la sentencia es concluyente sobre la adecuación del proceso de conflicto colectivo: "el sindicato demandante ni cuestiona la

legalidad del precepto convencional, ni solicita que se declare contrario a Derecho. Lo que hace es postular una determinada y concreta interpretación de su contenido: la compatibilidad con mayores exigencias por así derivar del artículo 34.9 ET”; “la pretensión versa sobre la interpretación de una norma estatal, en concordancia con la convencional, y ha sido adecuadamente articulada a través del proceso de conflicto colectivo”.

Con igual firmeza descarta la sentencia que el conflicto colectivo sea de intereses, pues “de lo que se trata es de determinar si lo solicitado encuentra o no cabida en los términos en los que están redactados los preceptos en liza”, y no de modificar o inaplicar la regulación convencional colectiva, lo que evidencia con un repaso de la jurisprudencia de la Sala, de hasta siete de sus sentencias, a propósito de la regulación del art. 39.4 del ET, “sin que hayamos considerado que estamos ante conflictos extrajurídicos”. Entre esas sentencias, la comentada no deja de traer a colación la STS 994/2023, de 22 noviembre de 2023^[4], que desestimo del recurso de casación del BBVA, aquí recurrido, que rechazó que la fecha de publicación en la intranet de la herramienta informática multiplataforma sobre registro de jornada fuera la que marcaba el inicio del plazo de caducidad para impugnar una MSCT, declarada nula por no seguir el procedimiento del art. 41 del ET.

Añade la sentencia una “reflexión adicional” consistente en puntualizar que el entendimiento de la sentencia recurrida de la Audiencia Nacional de que la modalidad procesal de impugnación del convenio colectivo era la adecuada, además de modificar la pretensión del sindicato, sumaba el defecto de no poder atenderla, al no ser esa modalidad válida para fijar la interpretación de los preceptos del convenio colectivo en cuestión.

3. Estimación del recurso de casación; y alcance del fallo

La sentencia estima el recurso de casación del sindicato SEC, pese a su equivocado planteamiento procesal por la vía del art. 207.e) de la LRJS. El procedimiento de conflicto colectivo utilizado en la instancia por el sindicato para demandar su acceso al registro de jornada del BBVA era adecuado. No atiende la sentencia la petición del BBVA, para el caso de que prosperase el recurso, de entrar en el fondo y desestimar la demanda, conforme al art. 215.c) de la LRJS, por cuatro razones. Se refiere la primera al hecho de que el debate en la instancia ha estado dominado por la cuestión de la inadecuación del procedimiento, hecha valer por la empresa. Destaca la segunda la congruencia de la resolución del recurso con la solicitud del sindicato recurrente de estimación con retroacción de las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional para la resolución sobre el fondo del pleito. La tercera tiene en cuenta la tutela judicial de otros sindicatos comparecientes y no comparecientes en el procedimiento, aquellos con peticiones diversas (UGT, ACB, y CCOO, CGT, ELA y CIG). Finalmente, es manifiesto que ni en la instancia, ni en grado de recurso casacional ha habido debate sobre el fondo del asunto, “lo que desaconseja que lo abordemos a modo de Dictamen o informe general”.

VII. Parte dispositiva

[...]

“1º) Estimar el recurso de casación interpuesto por la Federación Sindicat D'Estalvi de Catalunya -Sindicato de empleados de Crédito (Federación SEC), representada y defendida por el Letrado, Sr. del Palacio San Miguel.

2º) Casar y anular la sentencia nº 51/2022 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 31 de marzo, en autos nº 54/2022, seguidos a instancia de dicha recurrente contra Banco Bilbao Argentina (BBVA SA), la Federación de Servicios CCOO (CCOO-Servicios), Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de UGT (FeSMC-UGT), Confederación Intersindical Galega (CIG), Federación de Servicios ELA, Federación de Servicios Privados LAB, Asociación de Cuadros de Banca (ACB),

Sindicat Català Autònom de Treballadors (SCAT), Confederación General del Trabajo (CGT), sobre conflicto colectivo.

3º) Retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictarse la referida sentencia para que la Sala de instancia, con libertad de criterio y actuación, dicte sentencia partiendo de que el procedimiento seguido es adecuado.

4º) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia”.

[...]

VIII. Pasajes decisivos

- “El encauzamiento de la pretensión impugnante a través de un motivo erróneo constituye un defecto procesal relevante solo en la medida en que haya comportado indefensión o infracción procesal de consecuencias relevantes” (FD 3º.4).

- “[...] el enfoque general del recurso (y su *petitum*) posee ribetes procesales, pero el argumento de fondo entronca con normas sustantivas. En realidad se está ante un motivo de recurso mixto o complejo, que contraviene el designio del legislador (art. 210 LRJS: “se expresarán por separado, con el necesario rigor y claridad, cada uno de los motivos de casación”), pero que no posee la suficiente enjundia para alterar el equilibrio procesal y arrastrar a su fracaso. Así lo hemos acordado ya en otras ocasiones [...] porque la interpretación de los requisitos legales ha de tamizarse por el respeto a la tutela judicial y a la exigencia flexible, no formalista, de que se actúa con arreglo a lo prescrito en las normas procesales” (FD 3º.4).

- “Una perspectiva [de] exigencia de cumplimiento razonable conduce a tener por válido el recurso puesto que permite acceder a un cabal conocimiento sobre lo pretendido, sin generar indefensión alguna” (FD 3º.4).

- “[...] el sindicato demandante ni cuestiona la legalidad del precepto convencional, ni solicita que se declare contrario a Derecho. Lo que hace es postular una determinada y concreta interpretación de su contenido: la compatibilidad con mayores exigencias por así derivar del artículo 34.9 ET” [FD 5º.2.C)].

- “Tendrá o no razón el demandante, pero la pretensión versa sobre la interpretación de una norma estatal, en concordancia con la convencional, y ha sido adecuadamente articulada a través del proceso de conflicto colectivo” [FD 5º.2.C)].

- “Esa discrepancia con la empresa constituye un auténtico conflicto jurídico, que no de intereses, y de lo que se trata es de determinar si lo solicitado encuentra o no cabida en los términos en los que están redactados los preceptos en liza” [FD 5º.2.D)].

- “En suma, como se infiere de los términos del debate planteado, tanto en la instancia como en fase de casación, no atisbamos indicio alguno de una propuesta encaminada a incorporar, suprimir o permutar el precepto convencional en liza, sino que el debate, que incluso con claridad sostiene en esta fase el sindicato recurrente se ciñe a una labor de pura hermenéutica sobre el art. 34.9 ET” [FD 5º.2.F)].

- “El encauzamiento hacia la impugnación del convenio colectivo, además de desnaturalizar la pretensión realmente ejercida, conduciría a una especie de callejón sin salida, toda vez que ese tipo de procedimiento no es hábil para asentar una u otra interpretación de la correspondiente regulación” (FD 5º.3).

- “El procedimiento de conflicto colectivo al que acudió el sindicato SEC es adecuado para dilucidar su petición sobre la conducta exigible al BBVA respecto del acceso al Registro de jornada, puesto que ni está cuestionando la validez del convenio colectivo (sino instando su complementariedad respecto del art. 34.9 ET), ni está suscitando un conflicto de intereses” (FD 6º.1)

IX. Comentario

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo es muy cuidadosa en la exposición de su fundamentación, advirtiendo de que el debate, sencillo en su planteamiento, requiere de la “atenta consideración” de sus elementos fácticos y normativos. A esa consideración dedica sus fundamentos de derecho 1º a 3º. Limpiamente ordenada y sistematizada, aborda en sus sucesivos fundamentos de derecho el control de la corrección formal del recurso de casación (FD 3º), las modalidades procesales de conflicto colectivo y de impugnación de convenios colectivos estatutarios (FD 4º), la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo (FD 5º), y la estimación del recurso de casación y su alcance (FJ 6). Hace gala de un manejo formidable de la jurisprudencia de la Sala, que reitera y enriquece, y cuaja una fundamentación solvente y depurada con la que resuelve los problemas planteados. En los pasajes de su FD 3º, y específicamente en su punto 1, expone explícitamente un canon propio de enjuiciamiento de la corrección formal del acceso al recurso de casación general u “ordinaria”, ya presente en la doctrina de la Sala, que contiene las razones para reajustar la relación con el canon de enjuiciamiento constitucional del derecho legal a los recursos, naturalmente más estricto, en beneficio de una interpretación rigurosa, pero no formalista, favorable a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, extendida a este recurso extraordinario. Por esta parte de la sentencia comienzo este comentario.

1. Sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el legal al recurso de casación en el orden social; un orden jurisdiccional que practica una tutela judicial antiformalista en el acceso al recurso extraordinario de casación general

Comienza la sentencia por su respuesta a la solicitud de inadmisión del recurso de casación, tanto del escrito de impugnación del recurso de BBVA como del informe del Ministerio Fiscal, con la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que es su “norte interpretativo” (FD 3º.2), y le permite, reiterando su propia doctrina sobre la “proyección antiformalista de la tutela judicial” sobre el derecho al recurso, examinar la concurrencia de los requisitos de un recurso de casación general en el orden social sobrepasando el límite del canon constitucional externo de protección del derecho fundamental, desprovisto del principio *pro actione* y limitado por el Tribunal Constitucional desde su STC 37/1995, de 7 de febrero, del Pleno del Tribunal, al ser el derecho al recurso cuestión de legalidad ordinaria, a que la motivación de la decisión judicial de inadmisión observe la triple exigencia negativa de no incurrir en error de hecho patente, irracionalidad lógico-jurídica o arbitrariedad manifiesta, salvo en el orden penal respecto de las sentencias condenatorias frente a las que existe un derecho a la revisión de la condena y la pena por un tribunal superior, derecho que se incorpora a las garantías constitucionales del proceso justo (art. 24.2 CE).

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo cumple ese canon de enjuiciamiento y lo eleva o flexibiliza, respetando el cumplimiento de los requisitos establecidos por las normas procesales y su importante función de “garantizar derechos ajenos, permitir la contradicción y propiciar una tutela judicial acorde con los trazos del Estado de Derecho” (FD 3º.1). Así, mantiene que la decisión de inadmisión de un recurso de casación no puede ser producto de una interpretación o aplicación rigorista de la norma legal que autorice el recurso, o de un examen de defectos formales o deficiencias técnicas no impeditivos del conocimiento de la pretensión. En fin, su capacidad expansora del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva llega a afirmar el principio de interpretación de los derechos fundamentales en el sentido más favorable a su efectividad, abandonado por el Tribunal Constitucional hace décadas y mantenido exclusivamente, en el ámbito del art. 24 CE, para el derecho fundamental a la doble instancia en el proceso penal (art. 24.2 CE).

De hecho, la decisión del Tribunal Constitucional más reciente de las que la sentencia cita bajo la rúbrica, en esta parte de su fundamentación jurídica [FD 3º.1.A)], es la STC 163/1999, de 27 de septiembre, que estimó el recurso de amparo y anuló, por lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho a

los recursos legalmente establecidos, una decisión enervante de un recurso de suplicación que trajo causa de la mención por la recurrente como infringido de un precepto de la LGSS de 1974, cuya numeración había sido modificada sobrevenidamente por la LGSS de 1994, decisión judicial manifiestamente irrazonable (FJ 4, *in fine*).

La jurisprudencia constitucional más reciente ha intensificado su control meramente externo del derecho de acceso a los recursos extraordinarios de casación - y a los incidentes extraordinarios de nulidad de actuaciones, que no son recursos al actuar sobre sentencias firmes-, reducido a los vicios señalados, considerando al Tribunal Supremo dueño de los requisitos de admisión de dichos recursos en los distintos órdenes jurisdiccionales y “evitando toda ponderación acerca de su corrección jurídica”.

Un resumen de esa doctrina es el siguiente: “En particular, cuando se trata de recursos devolutivos extraordinarios cuya competencia corresponde resolver al Tribunal Supremo, nuestra doctrina de control constitucional, relativa al recurso de casación [...] es que comporta un control “si cabe, más limitado [...]. Por una parte, porque la resolución judicial que se enjuicia es del Tribunal Supremo, a quien le está conferida la función de interpretar la ley —también, evidentemente, la procesal—, con el valor complementario que atribuye a su jurisprudencia el Código civil. La STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 4, declara que ‘toda jurisprudencia del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 CE), complementa el ordenamiento jurídico, conforme señala el artículo 1.6 del Código civil, y tiene, por ello, vocación de ser observada por los jueces y tribunales’. Por otra parte, porque el recurso de casación tiene la naturaleza de recurso especial o extraordinario, lo que determina que debe fundarse en motivos tasados —*numerus clausus*— y que está sometido no solo a requisitos extrínsecos de tiempo y forma y a los presupuestos comunes exigibles para los recursos ordinarios, sino a otros intrínsecos, sustantivos, relacionados con el contenido y la viabilidad de la pretensión; de donde se sigue que su régimen procesal es más estricto por su naturaleza de recurso extraordinario (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 100/2009, de 27 de abril, FJ 4, y 35/2011, de 28 de marzo, FJ 3)” [STC 7/2015, FJ 2 A) c); en el mismo sentido, SSTC 115/2017, de 19 de octubre, FJ 5 d); 98/2020, de 22 de julio, FJ 2 B), y 99/2020, de 22 de julio, FJ 2 A) d)] [STC 143/2020, de 19 de octubre, FJ 4.a)].

A ello ha de añadirse la multitud de providencias del Tribunal Constitucional de inadmisión de recursos de amparo, en que se alega la infracción del derecho de acceso a los recursos, por falta del requisito de la especial trascendencia constitucional previsto en los arts. 49.1 y 50.1 b) de la LOTC.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo en esta sentencia, y en las anteriores que cita, entre otras muchas, mantiene un criterio de control específico de las decisiones y pretensiones de inadmisión de los recursos de casación general u “ordinaria”, que la comunidad jurídica debe conocer. No deja la sentencia de recalcar la obligación de los recurrentes de cumplir las exigencias procesales de los recursos, ni de recordar las exigencias formales en la casación general y la interpretación jurisprudencial del alcance del art. 210.2 de la LRJS, sobre el escrito de interposición del recurso extraordinario de casación. Pero tampoco deja de aplicar una interpretación flexible y no formalista de los requisitos legales, movida por el respeto a la tutela judicial efectiva de las partes, de la que la sentencia comentada, enlazando con otras anteriores que trae a colación, ofrece una prueba acabada.

Descartada una infracción procesal “de consecuencias relevantes” -no puede no actuarse conforme a lo prescrito en las normas procesales-, la sentencia aprecia en el recurrente un “cumplimiento razonable” de los requisitos procesales - del que es esencial: 1) que permita a la parte recurrida y al órgano judicial tener “conocimiento cabal” de lo pretendido; y 2) que no genere “indefensión alguna” a la otra parte, pues, aunque la sentencia no lo explicita, la indefensión material o “de consecuencias relevantes” de una parte, además de vulnerar su derecho fundamental a la tutela

judicial efectiva, colocaría al órgano judicial en falta de imparcialidad, causante de una nueva lesión del derecho fundamental.

Este es el canon de control de legalidad “interno” del acceso al recurso de casación general de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ampliatorio del canon de enjuiciamiento constitucional “externo”, en beneficio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y de su efectividad. El cumplimiento razonable de los requisitos procesales sustituye a su cumplimiento no incurso en irrazonabilidad o arbitrariedad, lo que tiene todo el sentido porque no debe considerarse que la perspectiva de la legalidad ordinaria, dentro de la Constitución, haya de ser absorbida e identificada con la perspectiva de la constitucionalidad, máxime cuando el derecho de acceso a los recursos se sitúa en el plano de aquella (salvo en materia penal).

La sentencia contiene sobre todo una continuidad argumental, que nos la hace ver su fundamentación de la estimación del recurso de casación de la federación sindical, en la que vuelve a descartar los vicios procesales que hubieran conducido a la inadmisión/desestimación del recurso: “Puesto que el único pronunciamiento de la instancia versó sobre la inadecuación de procedimiento, yerra el sindicato accionante al articular su casación por la vía del artículo 207.e) LRJS. Sin embargo, la preceptiva interpretación antiformalista de las exigencias procesales, *incluso de la casación*, nos han llevado a examinar su recurso” (FD 6º.1).

2. La adecuación del proceso de conflicto colectivo y el alcance del fallo estimatorio del recurso de casación

Seguidamente la sentencia reitera la doctrina de la Sala sobre la modalidad procesal impugnatoria de convenios colectivos estatutarios, que había considerado la sentencia recurrida de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, el escrito de impugnación del recurso del BBVA, y el informe del Ministerio Fiscal, como adecuada para canalizar la petición de la federación sindical recurrente, y de conflicto colectivo, elegida por el sindicato demandante y recurrente, que el Tribunal Supremo estima que es la que debió tramitarse, analizando la naturaleza de su pretensión de accesibilidad a la información registrada frente al BBVA, a partir de la interpretación hecha por la entidad sindical del art. 34.9 ET en relación con la regulación convencional colectiva sectorial de banca y el acuerdo aplicable al BBVA.

Especial interés tienen las reflexiones que la sentencia dedica al tema clave de la sentencia, esto es, a la naturaleza “de pura hermenéutica sobre el art. 34.9 ET” de la petición del sindicato, a la que suma la denuncia de su incumplimiento por la empresa, ajenas a todo propósito de “incorporar, suprimir o permutar el precepto convencional en liza” [FD 5º.2.f)], el art. 29 apartado IV 2.i del XXIV convenio colectivo del sector bancario, en lógica ilación con la modalidad procesal de conflicto colectivo y su objeto ex art. 153.1 de la LRJS. Es realmente meticuloso el análisis que la sentencia efectúa de la pretensión interesada por SEC en su demanda, en el acto del juicio y en el recurso (FD 5º.1), y fundada y certera la “valoración de la Sala” (FD 5º.2), enmarcada siempre en su doctrina, lo que confirma no solo su continuidad, sino su plena actualidad.

Aquí también se debe elogiar la “reflexión adicional” de la sentencia, hecha con tal carácter complementario de la fundamentación ya desplegada, pero que apunta a la esencia misma del derecho a la tutela judicial efectiva: el encauzamiento de la demanda hacia la impugnación del convenio colectivo, decidida por la SAN 51/2022, de 31 de marzo, y sustentada por el BBVA y el Ministerio Fiscal, “además de desnaturalizar la pretensión realmente ejercida, conduciría a una especie de callejón sin salida, toda vez que ese tipo de procedimiento”, el impugnatorio de convenios colectivos estatutarios, no es hábil para asentar una u otra interpretación de la correspondiente regulación” (FD 5º.3). De nuevo ese derecho fundamental se satisface al rechazar la sentencia comentada la desestimación del recurso por la naturaleza económica o de intereses del conflicto colectivo, hecha valer por el escrito de impugnación del recurso del BBVA. Es obvio que no es de intereses un conflicto

colectivo que plantea una determinada y concreta interpretación de las normas convencionales, que discrepa de la sostenida por la empresa.

La delimitación del alcance de su fallo estimatorio del recurso de casación del SEC persigue la misma precisión jurídica que recorre la sentencia. Expone las razones por las que desatiende la petición de la empresa impugnante de emitir un pronunciamiento de fondo desestimatorio de la demanda, pudiendo legalmente hacerlo [art. 215.c) LRJS]. Son razones convincentes, de nuevo movidas por el derecho a la tutela judicial efectiva (congruencia con el *petitum* del sindicato recurrente, preservación de la posible actuación procesal de otros sindicatos intervinientes en el procedimiento, comparecidos y no comparecidos, ausencia de debate sobre el fondo en la instancia y en el grado jurisdiccional de casación).

Tan cuidadosa es la sentencia que cierra la fundamentación jurídica sobre con unas "cuestiones accesorias" sobre la resolución del recurso de casación, en las que se ocupa de señalar que las referencias hechas al registro del jornada del BBVA en la STS 994/2023, de 22 noviembre, citada en su FD 5º.2.E) a propósito de la calificación de los conflictos sobre el registro de jornada como jurídicos y no económicos, en nada afectan a su pronunciamiento ("por lo que tampoco aparece ese pronunciamiento como condicionante del actual": FD 6º.3).

El derecho a la tutela judicial efectiva es el punto de partida y de llegada de esta excelente sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

X. Apunte final breve sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el recurso extraordinario de casación para la unificación de doctrina y sobre un nuevo conflicto colectivo en el registro de jornada en el bbva

Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, la doctrina sobre el recurso de casación para la unificación de doctrina, constitucional y de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, se contiene, entre otras, recientemente, en la STC 104/2021, de 10 de mayo, FJ 3, que anuló la providencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco por la inadmisión a trámite irrazonable del incidente de nulidad de actuaciones bajo el presupuesto de que no se había agotado la vía de recursos por falta de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina.

Sobre el registro de la jornada en el BBVA y accesibilidad de las representaciones legales de los trabajadores a la información registrada, la STS 1161/2024, de 24 de septiembre de 2024^[5], desestima los recursos de casación interpuestos por FESIBAC-CGT y por BBVA contra la sentencia de la Audiencia Nacional 57/2022, de 19 de abril de 2022^[6], en proceso de conflicto colectivo, pronunciándose sobre una problemática distinta, y más amplia, de la que está en el fondo de la cuestión controvertida en la sentencia comentada, aunque también esté en juego la compatibilidad interpretativa de los arts. 29 del XXIV Convenio colectivo del sector de la banca, el Acuerdo de 25 de septiembre 2019 de "Registro de Jornada" del BBVA y las secciones sindicales de CCOO, ACB, CGT, UGT, SEC, CIG, ELA, LAB y STAC, y, obviamente, el art. 34.9 del ET.

Referencias:

1. ^ *CONFLICTOS COLECTIVOS 0000054 /2022; ECLI:ES:AN:2022:1354*
2. ^ *Rec. 178/2019, ECLI:ES:TS:2021:751.*
3. ^ *Rec. 140/2015, ECLI:ES:TS:2016:3200.*
4. ^ *Rec. 113/2021, ECLI:ES:TS:2023:5236.*
5. ^ *Rec. 236/2022, ECLI:ES:TS:2024:4744.*

6. ^ *Proc. conflicto colectivo 39/2022, ECLI:ES:AN:2022:1566*

§ 85 Falso cooperativismo y existencia de relación laboral (caso Servicarne).

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: La sentencia objeto de análisis trata sobre la auténtica naturaleza jurídica de una cooperativa de trabajo asociado y de las relaciones con el personal que presta sus servicios para esta. Es una problemática que había merecido respuestas contradictorias por los Tribunales Superiores de Justicia de varias Comunidades Autónomas. El TC, modificando criterios anteriores, considera que no se trata de una auténtica cooperativa, sino de una empresa que cede personal a otra, que es la auténtica empleadora del personal.

Palabras clave: Cooperativa. Empleador. Trabajo por cuenta ajena. Recurso. Tribunal Supremo.

Abstract: The judgment under analysis deals with the authentic legal nature of a worker cooperative and the relations with the personnel rendering services for it. It is a problem that had deserved contradictory answers by the High Courts of Justice of several Autonomous Communities. The Supreme Court, modifying previous criteria, considers that it is not an authentic cooperative, but a company that assigns personnel to another company, which is the real employer of the personnel.

Keywords: Cooperative. Employer. Employee. Appeal. Supreme Court.

I. Introducción

El gabinete de comunicación del Poder Judicial publicaba el 26 de septiembre una nota de prensa^[1] titulada “El Tribunal Supremo declara que hay relación laboral entre los socios cooperativistas de Servicarne y las empresas de la industria cárnica en cuyas instalaciones prestan servicio”, con el subtítulo “El Pleno de la Sala Social del Tribunal Supremo ha estimado los recursos interpuestos por la TGSS y el sindicato CCOO frente a la sentencia dictada por el TSJ de Navarra”. En dicha nota de prensa se sintetiza el contenido más relevante de la sentencia dictada por el Pleno el 24 de septiembre, de la que fue ponente el magistrado Sebastián Moralo.

Tras la explicación, en la que se recogía que “el TS concluye que Servicarne actúa en fraude de ley, porque se ha constituido formalmente como una aparente cooperativa de trabajo asociado, pero su verdadera actividad se limita únicamente a facilitar mano de obra a las empresas de la industria cárnica, siendo estas últimas las auténticas empleadoras de los trabajadores”, su párrafo final informaba que “con este pronunciamiento se abandona la doctrina que había acuñado en 2001 el propio Tribunal Supremo, rechazando que pudiera defenderse la existencia de un contrato laboral entre quien es socio cooperativista y la empresa que concierta los servicios con la Cooperativa. También unifica las soluciones contradictorias que los Tribunales

Superiores de Justicia estaban aplicando”. La sentencia desestima la tesis propugnada por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, en el que sostuvo la falta de contradicción requerida por el art. 219.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social.

Expondré a continuación aquellos contenidos que me parecen de especial interés y que pueden ayudar a entender el importante cambio de jurisprudencia que ha operado el TS y que afectará todas las resoluciones judiciales pendientes en Juzgados de lo Social y TSJ.

Desde una perspectiva más doctrinal, el litigio vuelve a poner de manifiesto la importancia de la delimitación del criterio de contradicción entre una sentencia recurrida y la aportada de contraste para admitir a trámite el RCUd, y en el supuesto de haberlo admitido y concluir tras el examen del caso que no procedía dicha admisión, dictar sentencia desestimatoria. Dejo apuntado mi criterio de que, de haberse acogido la tesis sostenida por el voto particular, seguiríamos encontrando ante conflictos que, siendo sustancialmente semejantes (aquí disiento de la tesis formalista del voto) podrían seguir mereciendo respuestas distintas según el parecer de cada TSJ^[2].

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano Judicial: Tribunal Supremo, Sala Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1154/2024, 24 de septiembre.

Tipo y número de recurso: RCUd núm. 5766/2022.

ECLI:ES:TS:2024:4600

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos particulares: 2 discrepantes.

III. Problemas suscitados. Hechos y antecedentes

Se interpusieron tres RCUd, en concreto por la TGSS, la Federación de Industria de CCOO, y por varios trabajadores y trabajadoras. La sentencia recurrida fue la dictada por el TSJ-SOC de Navarra el 3 de octubre de 2022 (rec. 241/2022). La sentencia desestimó los RS interpuestos contra la sentencia dictada por el JS núm. 3 de Pamplona el 14 de septiembre de 2021, confirmando íntegramente la sentencia recurrida. El fallo de la sentencia del JS fue el siguiente:

“... desestimando la demanda de procedimiento de oficio interpuesta por Don Álvaro, en su condición de Subdirector General de Ordenación e Impugnaciones de la TGSS, contra UVE, S.A. y los codemandados que aparecen relacionados en el encabezamiento de la presente resolución y en el acta de liquidación, habiendo intervenido SERVICARNESOCIEDAD COOPERATIVA y la FEDERACIÓN DE INDUSTRIA CCOO, debo declarar y declaro que la relación entre UVESA y los socios cooperativistas a que se refiere la demanda de oficio no es laboral y, en consecuencia, con ese sólo alcance, debo absolver y absuelvo a las demandadas de las pretensiones frente a ellas ejercitadas”

Tras la reproducción de los amplísimos y detallados hechos probados de la sentencia de instancia, y la mención a la desestimación de los RS, la sentencia del TS da cuenta de la presentación de tres RCUd, siendo aportada como sentencia de contraste en los recursos interpuestos por la parte sindical y por el grupo de trabajadores y trabajadoras la dictada por el TSJ de Galicia el 12 de noviembre de 2019 (rec. 3192/2021), y por la TGSS la dictada por la misma Sala autonómica el 27 de julio de 2021 (rec. 4655/2020).

En la fundamentación jurídica de la sentencia, la Sala centra con prontitud la cuestión a la que debe dar respuesta, que no es otra que “determinar si la mercantil UVE SA es la verdadera empleadora de quienes prestan servicios en sus instalaciones bajo la formal condición de socios cooperativistas de SERVICARNE S.COOP (en adelante Servicarne), conforme al acuerdo de subcontratación de servicios formalizado entre ambas entidades”.

Tras un amplio recordatorio del contenido de la sentencia del TSJ navarro, se informa de los tres RCUD presentados, advirtiendo ya del rechazo del presentado por el grupo de trabajadores y trabajadoras, por incurrir “... en el insubsanable defecto de anudar sus motivos a las distintas sentencias invocadas en el recurso de CCOO, salvo, precisamente, a aquella sentencia de la de la Sala Social del TSJ de Galicia de 12 de noviembre de 2019, rec.3192/2019, que no menciona en ningún momento, ni respecto a la que efectúa por tanto un análisis comparado en los términos del art. 219.1 LRJS y 224.1 a) de la LRJS”.

A continuación, sintetiza el Informe del Ministerio Fiscal, que defiende la falta de contradicción en los tres recursos, tanto en los hechos como en las pretensiones de los litigantes, exponiendo entre otros contenidos que “no hay identidad de litigantes como afirma el recurrente, salvo las actoras TGSS y CCOO y la interviniente Cooperativa Servicarne, pues, las demandadas SADA y UVESA son diferentes y por tanto diversos los centros de trabajo, y los cooperativistas individuales”. Más adelante, resume la impugnación a los RCUD efectuada por la dirección letrada de Servicarne, con fundamentación sustancialmente semejante a la de la sentencia recurrida, con la afirmación de que “... la consideración de corrección de Servicarne ha sido admitida de forma constante por las numerosas resoluciones judiciales dictadas y así la verdadera naturaleza de cooperativa de trabajo asociado y, en consecuencia, su condición de operador mercantil –y no empresario laboral–”. En parecidos términos se manifiesta la impugnación de los RCUD por la empresa en la que prestaban sus servicios las y los cooperativistas, enfatizando que “... en la relación mercantil entre UVE SA y Servicarne no existe fraude alguno sino el uso de una opción legítima, siendo lícita la subcontratación con cooperativas de trabajo asociado”.

IV. Posiciones de las partes

Tras rechazar (véase apartado 8 del fundamento de derecho tercero) las alegaciones procesales formales planteados por el Ministerio Fiscal y las partes recurridas sobre el incumplimiento de los requisitos requeridos por el art. 224 de la LRJS, y aceptar el relativo al RCUD del grupo de trabajadores y trabajadoras, la Sala entra en el fundamento de derecho cuarto en el examen sustantivo o de fondo de los recursos interpuesto, y lo hará con el previo recordatorio de que ya ha abordado desde muchos años antes “la problemática que genera en el ámbito del derecho del trabajo la intervención de las cooperativas de trabajo asociado, cuando se utiliza esta figura jurídica para la subcontratación de obras y servicios con otras empresas”.

Los dos RCUD serán examinados conjuntamente, al abordar una misma cuestión. La TGSS alegó la infracción de los arts. 1.1 y 8.1 de la LET del Estatuto de los trabajadores, en relación con los arts. 139 y 144 de la LGSS, y de los arts. 6.4, 7.2 y 1.544 del Cc, en relación con algunos preceptos de la Ley estatal de Cooperativas y el art. 42 de la LET. Por su parte, la Federación de Industria de CCOO alegó infracción de los de los arts. 1.1 y 43.1 de la LET, 2.b) y 11.2 c) de la LETA y arts. 1.1 y 80.1 de la Ley estatal de Cooperativas en relación con el Reglamento de la Alianza Cooperativa Internacional.

V. Doctrina básica

1. Existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste

El eje del litigio se centrará primeramente en la existencia o no del requisito de contradicción requerido por el art. 219.1 de la LRJS, ya que, de ser acogido, como así será, permitirá entrar a la Sala en el examen del contenido sustantivo o de fondo de los dos RCUD admitidos, mientras que, de no ser así, como sostendrá el voto

particular, hubiera debido ser no admitido a trámite. De la importancia de esta cuestión procesal en el caso concreto enjuiciado da debida cuenta que en la sentencia se subraya que “la complejidad del asunto exige que comencemos por exponer diversas consideraciones al respecto”, mientras que prácticamente todo el voto particular está dedicado a ella.

¿Cuál es aquella parte de la fundamentación jurídica que me parece más importante para que la Sala acabe concluyendo que existe contradicción?

En primer lugar, la afirmación de darse una misma realidad en todos los litigios, cuál es que *Servicarne* “formaliza un contrato de arrendamiento de servicios con distintas empresas dedicadas a actividades propias de la industria cárnica en mataderos industriales de aves o ganado”. Que siendo evidentemente cierto que la empresa principal y titular del matadero es distinta en cada procedimiento, “la entidad subcontratada es siempre *Servicarne*, para la prestación de servicios sustancialmente idénticos en todos los casos, que consisten en el despiece, envasado y manipulación de los productos cárnicos”, y que en todos los litigios suscitados en sede judicial laboral “se discute si *Servicarne* es una entidad real o ficticia que aporta su propia infraestructura empresarial y organizativa en la subcontrata a que se refiere cada litigio, en orden a determinar, con base en esa exclusiva circunstancia, si la empresa principal pudiere ser el verdadero empleador de los socios de *Servicarne* que bajo esa formal condición prestan servicios en sus instalaciones”.

Tras volver a repasar el contenido de la sentencia del TSJ gallego y las aportadas de contraste por la TGSS y la Federación de Industria de CCOO, la Sala pone de manifiesto (aquí habrá un punto en el que el voto particular enfatizará su tesis discrepante) que en algunos casos se debate si hay cesión ilegal de personal, mientras que otros el núcleo del debate gira sobre la posible condición de empleadora de la empresa en la que prestan sus servicios las y los cooperativistas. Distinción que en modo alguno empaña la verdadera problemática que hay tras todos los conflictos, cuál es quién es la verdadera empleadora. Enfatiza la Sala que en todos los litigios, al margen de cuál sea la cuestión a la que debían dar respuesta los JS y TSJ, “los hechos, pretensiones y fundamentos que están en juego en todos los casos son sustancialmente los mismos”, y más precisamente “sustancialmente coincidentes, por no decir idénticos”.

Hay que examinar con más detalle el caso ahora enjuiciado, siempre partiendo, con una muy correcta manifestación a mi parecer por parte del TS, de sus circunstancias concretas, aceptando, como no podría ser de otra forma, que “... aunque se trate de la misma empresa subcontratada, las diferencias en las circunstancias de hecho relevantes a tal efecto pueden sin duda justificar la distinta solución que haya de aplicarse en cada supuesto concreto, en razón de que verdaderamente haya puesto o no en juego su infraestructura empresarial”. Y a partir de aquí es donde la Sala apunta que el punto principal para apreciar si existe o no contradicción es que las diferencias antes apuntadas según se trate de una empresa ficticia o de una empresa real y no aparente, y que pueden llevar, como así ha ocurrido en diversas resoluciones judiciales, a que se hayan dictado sentencias de diverso tenor en atención a que se haya puesto o en juego la infraestructura empresarial, “... no podrán apreciarse cuando la empresa o entidad subcontratada es ficticia y aparente, carente de cualquier clase de infraestructura empresarial propia, porque en este caso no es posible que la haya puesto en juego bajo ninguna circunstancia”, para llegar a su primera conclusión, cual es, acertadamente a mi parecer, que

“si *Servicarne* resulta ser finalmente una cooperativa ficticia constituida en fraude de ley y abuso de derecho, no es posible que en ningún caso haya activado una infraestructura organizativa de la que carece, por lo que resultan entonces manifiestamente contradictorias las sentencias con pronunciamientos diferentes sobre la verdadera cualidad de empleadora de la empresa principal” (la negrita es mía).

Será a partir de aquí cuando la Sala se adentre (fundamento de derecho tercero) en el examen de los datos de organización, estructura y funcionamiento interno de

Servicarne, previa manifestación de ser todos ellos “comunes y coincidentes en todos los asuntos a los que se refieren las sentencias en comparación”. Se pasa revista a todos esos datos de forma muy amplia, de los que ahora destaco que constan en todos ellos que

“Servicarne no aporta ningún tipo de infraestructura material propia. Alquila una oficina a la propia empresa principal en las instalaciones de sus centros de trabajo por la que paga un determinado alquiler mensual. Los socios utilizan las herramientas, maquinaria y medios de producción de la empresa titular del matadero. Otros útiles de trabajo, tales como cuchillos, ropa de trabajo y EPIS, son suministrados por la empresa principal que posteriormente emite factura a Servicarne por estos elementos”.

La nueva conclusión a la que llega la Sala, tras el examen anterior del organigrama organizativo, es que “... el modo y manera de prestar sus servicios por parte de Servicarne, incluso de captar a los socios cooperativistas, es exactamente el mismo en todos y cada uno de los centros de trabajo de las diferentes empresas principales a las que destina a sus socios”, y que

“... la actuación y el modo de operar de los socios de Servicarne en cada una de las instalaciones de la empresa principal resulta sustancialmente idéntico en todas las subcontratas que formaliza, con independencia de que el volumen de la actividad haga necesaria la mayor o menor dotación de socios cooperativistas jefes de equipo, de línea o celadores, o de socios dedicados directamente al sacrificio, despiece y manipulación de los productos cárnicos”.

Va acercándose la Sala a su conclusión definitiva sobre la aceptación de la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y las aportadas de contraste, enfatizando, una vez aceptada la semejanza de los hechos en los distintos litigios, que las divergencias radican en como distintos órganos judiciales los han valorado, y que en el caso ahora enjuiciado se manifiesta en que la sentencia recurrida concluye que Servicarne es “una cooperativa real y no ficticia, que dispone de una estructura organizativa propia”, mientras que las sentencias de contraste se pronuncian en sentido contrario, por apreciar “abuso de derecho y fraude de ley en la utilización de la fórmula de la cooperativa de trabajo asociado”, y tras repasar nuevamente los hechos de las tres sentencias llega a la definitiva conclusión de no ver “ninguna diferencia relevante... con independencia de las diferentes consecuencias jurídicas que cada una de tales sentencias ha extraído de los mismos”.

En la parte final de su amplio análisis de la existencia de contradicción la Sala formula unas consideraciones de indudable interés jurídico y social. La Sala no desconoce evidentemente, ahí está el CENDOJ para dar prueba de ello, que ha dictado varios autos de inadmisión de RCU “en supuestos muy similares al presente, en los que igualmente se encontraba involucrada Servicarne como empresa subcontratada”, y justifica la necesidad de modificar su jurisprudencia, en primer lugar porque

“... la proliferación del número de asuntos que siguen llegando a este Tribunal, unido al hecho de que el Ministerio de Trabajo haya dictado la Resolución de 30 de abril de 2019, de la Ministra de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, en la que se acordó descalificar a Servicarne como cooperativa de trabajo asociado, que ha sido posteriormente ratificada por numerosas sentencias de la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional, nos ha llevado a un nuevo análisis de la cuestión. Es cierto que las sentencias que confirman esa resolución no han ganado firmeza, pero eso no es óbice para que podamos tomarla en consideración en sus justos términos”,

Y es este razonamiento, unido a la correcta valoración del requisito de contradicción, es el que lleva a la Sala a concluir que “en todos estos asuntos en los que se encuentra involucrada Servicarne como empresa subcontratada concurre en realidad una sustancial identidad en los fundamentos, pretensiones y hechos

litigiosos”, rectificando de esta forma su criterio anterior sobre la inexistencia del requisito de contradicción.

2. Inexistencia real de cooperativa de trabajo asociado.

En el amplio repaso de la jurisprudencia de la Sala sobre casos anteriores en los que debió abordar semejante problemática a la ahora enjuiciada, encontramos una amplia cita de la sentencia de 18 de mayo de 2018 (rec. 3153/2016), y un muy extenso examen de su sentencia de 17 de diciembre de 2001 (rec. 244/2001 para subrayar que, más allá de como resolvió el conflicto, dejaba la puerta abierta a que no se excluía que “... la posibilidad de que pueda existir una situación de ilegalidad, si la norma se utiliza con ánimo de defraudar, pero el enjuiciamiento de estas situaciones exigirá una acreditación rigurosa de la existencia de tal actuación en fraude de Ley, lo que ocurrirá cuando la relación entre la arrendataria y los trabajadores de la cooperativa puedan subsumirse en las previsiones del art. 1 del Estatuto de los Trabajadores”.

Tras este recordatorio, la Sala pasar a examinar, a efectos de dilucidar si Servicarne es una empresa real o ficticia, cuál es su estructura organizativa, y distingue con claridad los datos formales de la realidad en el ámbito negocial. Sobre los primeros, no hay duda de la constitución como cooperativa de trabajo asociado, pero sobre la segunda concluye que estamos en presencia de una CTA “ficticia y puramente aparente, que carece de cualquier infraestructura organizativa dirigida a operar en el mercado como una verdadera cooperativa de esa naturaleza”, tesis que desarrolla extensamente a partir del apartado 3 del fundamento de derecho quinto, y que se basa en la aplicación de los arts. 6.4 del Código Civil y los arts. 1.2 y 43. 1 de la LET, para subrayar que

“... Si la constitución de la cooperativa es puramente formal y su actuación se limita a la simple y mera intermediación para facilitar mano de obra al verdadero empleador, no puede entonces calificarse como una auténtica cooperativa de tal clase. Esa formal constitución lo ha sido en fraude de ley, y debe aplicarse en consecuencia la norma legal que se ha tratado de eludir, que no es otra que la de atribuir a la empresa principal la condición de empleador de los trabajadores en virtud de lo dispuesto en el art. 1.1 ET”. El recordatorio nuevamente de los datos fácticos recogidos en las sentencias recurrida y de contraste, y también de casi todos los litigios en los que sea visto envuelta Servicarne, expuestos de forma detallada en el fundamento de derecho sexto, y poniendo especial acento en que su infraestructura material es de una oficina en Barcelona “en la que desarrolla exclusivamente las tareas burocráticas relativas a la gestión de la documentación y datos personales de los socios”, le lleva a sostener que tiene una forma de operar “que hace recaer sobre la empresa principal la necesidad de facilitar y gestionar toda la infraestructura material que requieren los socios para realizar sus tareas”,

Y que le permite

“... desentenderse, total y absolutamente, de la necesidad de mantener una estructura propia dedicada a la gestión de todas las actuaciones encaminadas al alquiler de locales, o a la compra y suministro de material para los socios, como podría ser una de las finalidades más relevantes de una cooperativa de trabajo asociado que verdaderamente se hubiere constituido para facilitar el acceso de sus socios a todos estos medios materiales que necesitan para desempeñar su trabajo”.

Otro argumento de indudable importancia a mi parecer es que

“... no queda constancia de la existencia en Servicarne de ninguna clase de infraestructura organizativa propia, de carácter estable y permanente. Lo que hay es una concreta y puntual movilización del número de socios cooperativistas que exige cada contrata, a la que envía cuantos sean necesarios en razón de la mano de obra demandada por la empresa principal a través del contrato de arrendamiento de servicios suscrito entre ambas entidades, entre los que se incluyen los socios necesarios para realizar las distintas funciones intermedias y de control que requiere el

proceso productivo, entre ellos a los jefes de línea y celadores, que no pueden por lo tanto considerarse como una estructura organizativa propia de Servicarne, sino que son una parte más del engranaje de socios cooperativistas puestos a disposición de la empresa principal”.

Y por todo ello, la Sala rectifica, o más correctamente rechaza, el criterio de la sentencia recurrida, a partir de los hechos probados en instancia, de disponer Servicarne de una estructura organizativa propia y por consiguiente tratarse de una CTA real, ya que “solo es en realidad una mínima e irrelevante dotación de personal administrativo destinada a cumplir con la gestión y tramitación de la documentación de los socios cooperativistas para mantener la formal apariencia de la existencia formal de una actividad cooperativizada”, para llegar a concluir en este punto que no estamos en presencia de una CTA real

“... cuando los únicos servicios que realmente presta a sus socios vienen a ser los propios y genéricos de cualquier gestoría dedicada a la tramitación y gestión de la documentación del trabajador autónomo, sin ofrecer ninguna otra clase de prestaciones directamente vinculadas con el desarrollo y desempeño de actividades en la industria cárnica”.

De todas las conclusiones particulares anteriores se llega a la definitiva y que se plasmará en el fallo de la sentencia anteriormente transcrito:

“... Servicarne no realiza de forma real y efectiva la actividad cooperativizada que formalmente constituye su finalidad y objeto social, sino que se ha constituido de manera formal y aparente como una cooperativa de trabajo asociado que utiliza en fraude de ley esa configuración legal para actuar en el mercado como una entidad destinada exclusivamente a la intermediación de mano de obra, para la puesta a disposición de trabajadores en favor de la empresa principal que ha subcontratado sus servicios y es por este motivo la verdadera empleadora de quienes trabajan en sus instalaciones”.

VI. Parte dispositiva

Por todo lo anteriormente expuesto, el TS estima los RCUUD interpuestos por la Federación de Industria de Comisiones Obreras (CCOO) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), contra la sentencia dictada el 3 de octubre de 2022 por el TSJ -SOC de Navarra, en el recurso de suplicación nº 241/2022, interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de septiembre de 2021, dictada por el JS nº 3 de los de Pamplona.

Casa y anula la sentencia recurrida, resolviendo el debate de suplicación en el sentido de “estimar los recursos de tal clase formulados contra la sentencia de instancia, para revocarla en su integridad, y con estimación de la demanda de oficio formulada por la TGSS, declarar la existencia de relación laboral entre la empresa UVESA y los socios de Servicarne que prestan servicios en sus instalaciones”.

VII. Voto particular discrepante

Emitido por dos magistradas, su tesis central es la discrepancia con la mayoría de la Sala sobre la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y las aportadas de contraste. En el voto se concluye que

“... Del elenco probatorio resaltado deriva la sentencia impugnada dos afirmaciones: Servicarne no es una sociedad ficticia ni aparente y no concurre una prestación de servicios de carácter laboral para la empresa cliente UVE SA. En este punto cabe reiterar que el núcleo de la litis actual consistió efectivamente en determinar si los servicios prestados por los trabajadores asociados a la cooperativa Servicarne lo han sido en régimen de ajenidad, dependencia y retribución para UVE SA (empresa cliente), y que dilucidar el ajuste o no a la normativa reguladora de la sociedad cooperativa como pudiera suceder en el citado proceso de descalificación es una cuestión residenciable en el orden contencioso-administrativo de la jurisdicción”.

El voto particular pasa a exponer a continuación las diferencias que considera existen con la sentencia aportada de contraste del TSJ de Galicia de 27 de julio de 2021, para enfatizar que en la recurrida “(no) se ha cuestionado la condición de socios de la cooperativa demandada, mientras que la sentencia de contraste “concluye que las personas allí afectadas solo formalmente formaban parte de la cooperativa, pues nunca recibieron el tratamiento propio de un cooperativista y la mayoría de los socios desconocían expresiones como haberes, retorno corporativo o incluso funciones de un consejo rector”, y eleva poco a poco el tono de su crítica hacia la sentencia al sostener que

“... las circunstancias en que se prestan los servicios no resultan coincidentes sino radicalmente distintas en los supuestos objeto de comparación. En el caso referencial concurren las notas que tipifican una relación como laboral, lo que no acaece en el actual litigio”.

Para quienes suscribe el voto, hay discrepancia con la argumentación y decisión contenida en la sentencia mayoritaria, “en tanto que no examina el presupuesto de contradicción desde la perspectiva de la propia pretensión y delimitación efectuadas - que se acaban de repasar en su literalidad-, sino que lo circunscribe o limita a un punto anexo: determinar si la cooperativa Servicarne (constituida en 1977) es real o ficticia, e inclusive desde tal visión no alcanza a considerar los datos fácticos definitivamente conformados por la recurrida, que difieren claramente de los declarados por la seleccionada de contraste”.

Para concluir, a modo de recapitulación de toda su extensa argumentación, que

“la recurrida, junto a los datos acreditados que sustentan la **realidad del funcionamiento de Servicarne como cooperativa, detalla con nitidez todos y cada uno de los elementos que conformarían en su caso una relación laboral ex art. 1.1 ET**, alcanzando la convicción de su falta de concurrencia en relación con la demandada en este procedimiento (UVE SA). Tales elementos probatorios -además de la divergencia en las pretensiones y en el debate- no convergen en las referenciales, por lo que no existiría doctrina que unificar” (la negrita es mía).

VIII. Apunte final

Recapitulando también por mi parte, la interpretación formalista del voto particular lleva a mi parecer a la conclusión de que litigios sustancialmente idénticos en cuanto al fondo podrían seguir mereciendo respuestas distintas por los TSJ, algo que en modo alguno creo que ayude al valor de la seguridad jurídica que tanto se predica desde las instancias judiciales.

Con la sentencia, sale ganando el respeto al art. 1, apartados 1 y 2. de la LET, es decir el respeto a los presupuestos sustantivos que caracterizan la existencia de una relación contractual asalariada con su auténtico empleador y no el meramente formal o ficticio.

Referencias:

1. [^] <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-declara-que-hay-relacion-laboral-entre-los-socios-cooperativistas-de-Servicarne-y-las-empresas-de-la-industria-carnica-en-cuyas-instalaciones-prestan-servicio> (consulta: 11 de noviembre)
2. [^] Disponemos de un interesante comentario de la sentencia a cargo de Arrieta Idiákez, Francisco Javier, “A la búsqueda del verdadero empresario laboral en el caso de la cooperativa Servicarne (Comentario a la STS de 24 de septiembre de 2024, Rud. 5766/2022)” <https://www.aedtss.com/a-la-busqueda-del-verdadero-empresario-laboral-en-el-caso-de-la-cooperativa->

*servicarne-comentario-a-la-sts-de-24-de-septiembre-de-2024-
rud-5766-2022/ (consulta: 12 de noviembre)*

§ 86 Registro de jornada y alcance del derecho de información de los representantes de los trabajadores en relación con los datos personales de identificación de las personas trabajadoras.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: Para el correcto cumplimiento de la función constitucional de las organizaciones sindicales, el empleador debe ceder los datos relativos a la identificación (nombre y apellidos), la provincia y la población de los trabajadores a los que se refiere el registro de jornada. Para la transmisión de dichos datos no es preciso el consentimiento de los afectados al tratarse de una cesión autorizada por la ley.

Palabras clave: Registro de jornada laboral. Identificación personal de los trabajadores. Datos personales. Transferencia de datos. Ámbito de aplicación.

Abstract: For the proper fulfilment of the constitutional function of trade union organizations, the employer must provide the data relating to the identification (name and surname), the province and the population of the workers to whom the working day record refers. The transfer of such data does not require the consent of the data subjects as it is a transfer authorized by law.

Keywords: Registration of working hours. Personal identification of workers. Personal data. Transfer of data. Scope.

I. Introducción

Se discute si el registro de jornada implantado, en el que no se hacen constar las pausas de trabajo no efectivo es conforme con la legalidad, así como si el empleador debe transmitir a los representantes de los trabajadores cierta información contenida en el registro de jornada, como la identidad de las personas trabajadoras (nombre y apellidos), además de población y localidad.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1161/2024, de 24 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación nº 236/2022.

ECLI:ES:TS:2024:4744

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excm. Sra. Dña. Concepción Rosario Ureste García.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema planteado

El 25 de septiembre de 2019 BBVA y las secciones sindicales de varios sindicatos suscribieron un acuerdo cuyo punto primero regula el registro de jornada. El 31 de marzo de 2021 se publicó en el BOE el XXIV Convenio colectivo del sector de la banca en cuyo art. 29 se regula el registro de jornada. BBVA ha implementado un sistema de registro de jornada en el que aparece por defecto cuál es el tiempo de trabajo diario, registrando a continuación la hora de inicio, y cuando llega el final de la jornada anota el total en tiempo real y el sistema hace una asignación automática y hace un registro preliminar de jornada y cuando arroja un exceso de jornada el trabajador puede poner motivos personales o motivos laborales y justificar en su caso la prolongación de jornada, lo que debe confirmarse dos veces por el trabajador. Para que se apruebe el registro de horas laborales es necesario la autorización del superior. Los datos pueden modificarse hasta el día 10 del mes siguiente.

En la información que la empresa remite a la RLT relativa al registro de jornada no aparecen los nombres y apellidos de los trabajadores cuya jornada aparece registrada. La Federación de Sindicatos de Banca de la CGT (FESIBAC-CGT) interpuso demanda de conflicto colectivo contra el BBVA solicitando: que el registro implementado contuviera información trazable, explicando en qué consisten las modificaciones de apuntes y el momento en que se han realizado; que se habilite en el registro el apunte de las pautas de trabajo no efectivo y su duración; que se elimine el automatismo de que el sistema considere que terminada la hora de salida el tiempo excedido es tiempo personal; que se elimine la autorización a posteriori del superior para que la hora autodeclarada sea la que conste realmente en el registro y se facilite la identidad (nombre y apellidos), provincia y población del trabajador al que corresponde el apunte.

2. Resolución por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional del conflicto colectivo

La SAN de 29 de abril de 2022 estimó parcialmente la demanda interpuesta. La sentencia sostiene, de un lado, que el sistema de registro de jornada implantado por la empresa garantiza su trazabilidad y permite que tanto la autoridad laboral, como la representación legal de los trabajadores, puedan tener conocimiento de la duración de las pausas que hubiera realizado cada trabajador durante su jornada de trabajo. Pero considera que la empresa debe eliminar la autorización del superior para que la hora auto declarada sea la que conste realmente en el registro como trabajo efectivo, porque dicha exigencia quebranta la confianza mutua de las partes; además estima la petición de que en la información que se proporcione a la representación legal, se facilite la identidad, provincia y población del trabajador con base en la STS 111/2018, de 7 de febrero (rec. 78/2017), que declara que: "[...] los órganos de representación de los trabajadores (artículo 64 ET) y los delegados sindicales (artículo 10.3 de la Ley Orgánica 10/1985 - LOLS-) son los únicos que tienen reconocido el derecho a acceder a determinada información en la medida que ésta constituye el instrumento imprescindible para que puedan desarrollar las funciones de representación, defensa, vigilancia y control que les son propias (STC 142/93 y STS/4ª de 21 diciembre 2015 - rec. 56/2015-)". Para la SAN la facultad de vigilancia y control de la representación legal de los trabajadores a tenor de lo dispuesto en el artículo 64 ET, requiere del conocimiento de la identidad del trabajador que debe proporcionar el empresario, siendo ello una válida cesión de datos personales. Contra dicha sentencia se interpusieron sendos recursos de casación por las representaciones de BBVA y FESIBAC-CGT.

3. Confirmación de la sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

La STS de 24 de septiembre de 2024 desestima ambos recursos de casación y confirma la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 19 de abril de 2022, en sus autos 39/2022.

3.1 Cesión de datos del trabajador y obligación de sigilo de los representantes

El Tribunal Supremo recuerda que el tratamiento de datos es lícito si es necesario “para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable” (art. 6 RGPD) y que dicha obligación puede derivar de “una norma de Derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley, que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo, así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal (art. 8 RGPD). El art. 34.9 ET impone al empresario un registro de jornada de cada persona trabajadora y el art. 64.7 ET, entre las competencias del comité de empresa, establece la de “vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo” y la de “vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa”. El convenio colectivo de Banca aplicable tiene en cuenta la necesidad de incorporación de datos de carácter personal a los sistemas de registro de jornada, por lo que preceptúa que deberá respetarse la LOPD.

Para la Sala “la facultad de vigilancia y control de la representación legal de los trabajadores requiere del conocimiento de la identidad del trabajador que debe proporcionar el empresario, siendo ello una válida cesión de datos personales”. Posición refrendada por la doctrina ya contenida en su STS 111/2018, de 7 de febrero (rec. 78/2017), en la que examinaba un asunto en el que la parte social requería la identificación de los trabajadores que ocupaban cada uno de los puestos relacionados en la RPT, y donde consideró necesaria dar la información porque los elementos personales guardaban relación con aspectos tales como la formación, titulación, y especialización, siendo también necesarios para delimitar las circunstancias de las vacantes, su cobertura, orden de prioridades, sistemas de sustitución y de promoción, etc.

Reitera el TS que es imprescindible que las organizaciones sindicales accedan a determinados datos de los trabajadores a cuya representación y defensa se deben para poder desarrollar las funciones de representación, defensa, vigilancia y control que les son propias, sin que su función se limite en todos los casos a sus propios afiliados, pues será la concreta necesidad y finalidad de su ámbito de actuación la que servirá para delimitar el tipo de dato y el alcance del contenido de la información que se precise. Asimismo, considera que la cesión de datos no necesita el consentimiento de los trabajadores afectados, en la medida en que el art. 11.2 a) LOPD excepciona de la necesidad de requerir el consentimiento del interesado en la comunicación de datos a un tercero los supuestos en que “la cesión está autorizada en una ley”. En la medida en que el art. 64 ET y el art. 10.3.1 LOLS confieren derechos de información y documentación a los representantes unitarios y sindicales, la obtención de la misma por la comunicación de la empresa se encuentra amparada por esa excepción siempre que se trate de “datos que tengan directa conexión con el ejercicio de aquellas competencias” y los datos personales de los trabajadores sean necesarios “para desarrollar el cometido que tienen atribuido”, sin que la facultad representativa “abarque los datos personales en cualquier circunstancia, puesto que, de no concurrir aquella conexión con la función, sí será necesario el consentimiento expreso de los trabajadores interesados, al desaparecer la excepción”.

La cesión de los datos sobre identidad (nombre y apellidos), provincia y población del trabajador, al que corresponde el apunte en el registro de jornada, “cumple con los criterios de cesión de datos personales pertinentes, mínimos proporcionados y necesarios para el cumplimiento de la función legal que el artículo 64 ET atribuye a la representación legal de los trabajadores, en su cometido de vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo”, es decir, responde a la “necesidad legal de controlar la jornada y las condiciones de seguridad y salud del trabajador” y

cumple con el objetivo de la Directiva 2033/88 de establecer disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores mediante una armonización de las normas nacionales relativas a la duración del tiempo de trabajo.

La confirmación de la sentencia recurrida en este punto no impide, sin embargo, que el TS aproveche para realizar un recordatorio sobre el ámbito de uso de los datos cedidos por parte de los representantes. De este modo, la sentencia trae a colación la guía de protección de datos y relaciones laborales de 18 de mayo de 2021, para resaltar que en el registro de jornada obligatorio no puede ser de acceso público ni estar situado en un lugar visible, ni los datos contenidos pueden utilizarse para finalidades distintas al control de la jornada de trabajo, como comprobar la ubicación, y recuerda la obligación de sigilo sobre los datos cedidos que compete a la representación legal en virtud del artículo 65 ET.

3.2 Conformidad legal del registro implantado por BBVA

Las organizaciones sindicales, por su parte cuestionan la conformidad legal del registro implantado exigiendo que se plasmen las pautas y tiempos de trabajo no efectivos. La Sala de lo Social, tras examinar el precepto legal aplicable (art. 34.9 ET), reitera la doctrina contenida en la STS 41/2023, de 18 de enero (rec. 78/2021) en la que ya se afirmaba que den icho precepto no se precisa cual debe ser el concreto contenido, mecanismo o herramienta mediante la que se articule el sistema de registro, no imponiendo ninguna específica forma o modalidad a la que haya de sujetarse, más allá del imperativo de que el sistema elegido sea objetivo, fiable y accesible de acuerdo con la sentencia del TJUE de 14 de mayo de 2019, C-55/2018 al interpretar la Directiva 2033/88/CE y su objetivo principal de establecer disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y permitirles de modo sencillo la prueba como parte débil de la relación laboral.

Para el TS el sistema de registro de jornada implementado por el BBVA cumple con los requisitos exigidos de trazabilidad, objetividad y fiabilidad, puesto que en el mismo se hace constar cuál es el “tiempo de trabajo diario, registrando a continuación la hora de inicio, y cuando llega el final de la jornada anota el total en tiempo real y que el sistema hace una asignación automática y hace un registro preliminar de jornada y cuando arroja un exceso de jornada el trabajador puede poner motivos personales o motivos laborales y justificar en su caso la prolongación de jornada, lo que debe conformarse dos veces por el trabajador. Para que se apruebe el registro de horas laborales es necesario la autorización del superior. Los datos pueden modificarse hasta el día 10 del mes siguiente” y la empresa de software que almacena los datos de registro de jornada de BBVA registra y almacena “todos los datos introducidos por los trabajadores y sus posteriores cambios y modificaciones”. Este sistema de registro implantado permite registrar y almacenar los apuntes que efectúa cada trabajador de su jornada laboral diaria, sin que, ni el artículo 34.9 del ET, ni el convenio sectorial, ni el acuerdo de empresa, impongan al empleador la obligación de información ni del histórico e modificación de apuntes, ni que se deban consignar en el registro las pautas de trabajo no efectivo. Aunque el XXIV convenio colectivo de Banca, contempla “la posibilidad de concretar” en el ámbito de cada empresa la regulación sobre el registro de los excesos y déficits de jornada y los tiempos y pausas que no se consideren tiempo de trabajo efectivo, “ello, como es notorio, no supone una imposición”.

IV. Posición de las partes

BBVA solicita la revisión de los hechos probados y denuncia la infracción de los arts. 34.9 y 64 ET, art. 6 RGPD, el art. 8 LOPDYGDD, así como el art. 18.4 CE. Sustenta su tesis en la salvaguarda de la protección de datos personales de los trabajadores, afirmando que no existe previsión normativa que exija a la empresa proporcionar la identificación personal de las personas trabajadoras que consta en la información de registro de jornada, puesto que el control del registro de jornada se ejerce por la Inspección de Trabajo, según se desprende del Preámbulo del Real

Decreto ley 8/2019, de 9 de marzo en relación con la STJUE de 30 de mayo de 2013 (C- 342/2012). Sostiene que la vigilancia por parte de la representación legal de los trabajadores en cumplimiento del artículo 64. 7 ET al que alude la sentencia combatida, se puede llevar a cabo a través de la información proporcionada de manera anonimizada, lo contrario supondría conculcar el artículo 18 CE

La Federación de Sindicatos, por su parte, combate el sistema de trazabilidad y fiabilidad del registro de jornada. Sostiene que se debe trasladar a la representación legal la información del registro de forma íntegra, para que se le informe de cada una de las modificaciones de apuntes, indicando en qué consisten y en qué momento se han producido. Alega, asimismo, que el registro debe documentar cuándo se está en el puesto de trabajo, reiterando que el registro no es fiable, solicitando que el registro se implemente de forma que se anote el apunte de las pausas de trabajo no efectivo.

V. Normativa aplicable al caso

- Arts. 34.9, 64.7, 65 ET;

- Arts. 6 RGPD, art. 8 LOPDyGDD y art. 11.2 a) LOPD

VI. Doctrina básica

La función de control de la jornada y de las condiciones de seguridad y salud del trabajador que la ley otorga a la representación de los trabajadores exige conocer los datos de identidad (nombre y apellidos), provincia y población, de los trabajadores, datos sometidos a obligación de sigilo y que no pueden usarse para finalidades distintas.

No se puede imponer al empresario que haga constar en el registro los tiempos y pausas que no tienen consideración de tiempo de trabajo cuando ni el artículo 34.9 ET, ni el convenio colectivo, ni el acuerdo alcanzado en la empresa imponen dicha obligación.

VII. Parte dispositiva

Desestima los recursos de casación interpuestos por FESIBAC-CGT y por BBVA, confirmando la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 19 de abril de 2022, en sus autos 39/2022.

VIII. Pasajes decisivos

- “Los órganos de representación de los trabajadores (art. 64 ET) y los delegados sindicales (art. 10.3 de la Ley Orgánica 10/1985 -LOLS-) son los únicos que tienen reconocido el derecho a acceder a determinada información en la medida que ésta constituye el instrumento imprescindible para que puedan desarrollar las funciones de representación, defensa, vigilancia y control que les son propias (STC 142/93 y STS/4ª de 21 diciembre 2015 -rec. 56/2015-). En particular, las organizaciones sindicales como la demandante y las demás adheridas a la demanda- necesitan poder dar cumplimiento a la función que constitucionalmente tienen atribuida (arts. 7 y 28 CE), para lo que les va a resultar imprescindible acceder a determinados datos de los trabajadores a cuya representación y defensa se deben, sin que tal función se limite en todos los casos a sus propios afiliados, pues será la concreta necesidad y finalidad de su ámbito de actuación la que servirá para delimitar el tipo de dato y el alcance del contenido de la información que se precise. Por consiguiente, estará justificado que la empresa comunique datos personales de los trabajadores a los representantes legales y/o sindicales a fin de que éstos puedan ejercer las competencias que la ley les confiere siendo este un escenario que se ajusta a la excepción del art. 11.2 a) LOPD. Parece evidente que si, tanto el art. 64 ET, como el 10.3.1 LOLS confieren derechos de información y documentación a los representantes unitarios y sindicales, la obtención de la misma por la comunicación de la empresa se hallará amparada por esa excepción cuando, efectivamente, se trate de datos que tengan directa conexión con el ejercicio de aquellas competencias”.

- “La facultad de recabar datos por parte de los sindicatos y representantes de los trabajadores debe limitarse según un principio de pertinencia y, por consiguiente, ceñirse a aquellas circunstancias personales de los trabajadores que sean necesarias para desarrollar el cometido que tienen atribuido. Parece evidente que haya de rechazarse que tal facultad abarque los datos personales en cualquier circunstancia, puesto que, de no concurrir aquella conexión con la función, sí será necesario el consentimiento expreso de los trabajadores interesados, al desaparecer la excepción del art. 11.2 c) LOPD”.

- “En efecto, la cesión de los datos sobre identidad (nombre y apellidos), provincia y población del trabajador, al que corresponde el apunte en el registro de jornada, cumple con los criterios de cesión de datos personales pertinentes, mínimos proporcionados y necesarios para el cumplimiento de la función legal que el artículo 64 ET atribuye a la representación legal de los trabajadores, en su cometido de vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo”.

“El sistema de registro de jornada de trabajo implantado permite registrar y almacenar los apuntes que efectúa cada trabajador de su jornada laboral diaria, sin que, ni el artículo 34.9 del ET, ni el convenio sectorial, ni el acuerdo de empresa, impongan la obligación de información que exige la parte recurrente sobre el conocimiento del histórico de modificación de apuntes”.

- “(...) la norma es clara, y en modo alguno impone la obligación que postula el recurrente en torno al registro de las pausas que no tengan la consideración de tiempo de trabajo efectivo. Insistimos en que el convenio simplemente remite al acuerdo en el ámbito de cada empresa la posible regulación sobre registro de los excesos y déficits de jornada y de los tiempos y pausas que se consideren tiempo efectivo de trabajo, sin que hasta la fecha conste que se haya alcanzado pacto alguno en tal sentido. En cualquier caso, la interpretación alcanzada no puede suponer que la empresa venga obligada a tal implementación, máxime cuando el argumento del recurrente se sustenta en una sospecha no contrastada en términos de objetividad de una supuesta falta de fiabilidad del sistema”.

IX. Comentario

De nuevo se plantea un conflicto entre dos importantes derechos confrontados, como es el de la protección de los datos personales y el derecho de libertad sindical. La cesión de datos pertenecientes a las personas trabajadoras supone un delicado equilibrio para el empleador que, por un lado, debe proteger de modo proactivo dichos derechos como encargado de su tratamiento y, por otro lado, debe cumplir con las obligaciones de información que le imponen diversas normas laborales, en concreto, en el presente caso, el art. 64 ET y el art. 39.4 ET sobre el registro horario.

La solución adoptada por el TS en esta ocasión es acertada. El deber de información del empleador supone una “cesión” o “transmisión” de datos a un “tercero” [1]. La regla general en estos casos ha venido siendo la de la exigencia de consentimiento del interesado, salvo algunas excepciones contempladas en la normativa. La STS hace referencia al art. 11.2.a y c) LOPD, pero su contenido concreto se refiere a la Ley 15/1999, donde se contemplan varias excepciones, entre ellas: a) Cuando la cesión está autorizada en una ley; c) Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique.

La demanda de conflicto colectivo se presentó el día 26 de enero de 2022 (según la sentencia de la SAN impugnada) con lo que la nueva LOPDyGDD ya había entrado en vigor. De ahí que no se entiende que en este punto se dice textualmente que “La proyección de la doctrina expuesta avala la solución alcanzada por la sentencia de instancia. La cesión de datos por parte de la empresa a la representación legal de los trabajadores y el correlativo acceso de esta para su finalidad de control y vigilancia se

ajustan a la normativa sobre protección de datos, esto es a los artículos 11 de la LOPDPyGDD y 6.1 del Reglamento UE 2016/679, en relación con el cumplimiento de las funciones del comité, a que se refiere el artículo 64 ET". Y ello porque el art. 11 de la LOPDPyGDD absolutamente nada tiene que ver con el asunto que se dirime al estar dedicado a la "Transparencia e información al afectado" regulando los deberes de información al afectado. Por otro lado, aunque el art. 6.1 RGPD contempla los fundamentos que permiten un lícito tratamiento de datos personales, señalando que el tratamiento será lícito si: b) es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales; o c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; (...), (las dos excepciones referidas en la STS que se comenta) entre otros supuestos, lo que legitima es para el *tratamiento* en sí mismo considerado, surgiendo dudas de si engloba también su "cesión" a un tercero. En la anterior normativa la comunicación de datos a un tercero se regulaba expresamente y con detalle en el art. 11 LOPD de 1999. En la actualidad, cuando la obligación legal incorpora la obligatoria transmisión a un tercero, forma parte de la habilitación para la cesión. En efecto, de un lado, el art. 4.2 RGPD cuando define el concepto de "tratamiento" hace referencia a "cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, *comunicación por transmisión*, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción" y en esa comunicación podría justificarse la cesión. Pero, además, que la cesión se incorpora a la obligación legal resulta manifiesto en nuestra normativa interna donde el art. 8.1 LOPDPyGDD al regular el supuesto de excepción del consentimiento por el "tratamiento de datos por obligación legal" precisa que "El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así lo prevea una norma de Derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley, que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo *así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal*. Dicha norma podrá igualmente imponer condiciones especiales al tratamiento, tales como la adopción de medidas adicionales de seguridad u otras establecidas en el capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679".

En fin, a mi juicio, la solución alcanzada por el TS es correcta, pero su base legal es más sencilla y no creo que su fundamento pueda ligarse simplemente a la ejecución del contrato, porque los representantes constituyen un tercero a los efectos de la protección de datos. El registro horario constituye una obligación legal del empleador donde se precisa que debe estar a disposición de los representantes de las personas trabajadoras (art. 34.9) para que, en virtud del art. 64 ET, puedan desarrollar las facultades de vigilancia y control de la salud que les corresponde, y en relación con las organizaciones sindicales porque el art. 10.3 LOLS equipara la información que deben recibir los delegados sindicales y la propia Constitución contempla la función constitucional de los sindicatos en la promoción y defensa de los trabajadores (arts. 7 y 28.1 CE). Tal cobertura legal dota de fundamento legitimador a la cesión de datos, si bien exclusivamente de aquellos necesarios para el correcto desarrollo de la función de representación (y nada más que de ellos, pues si no son necesarios se requiere entonces del consentimiento de la persona interesada) y tan solo y exclusivamente para la finalidad para la que son transmitidos, y no otra. En sentido contrario, por lo tanto, ni se puede exigir al empresario la cesión masiva de datos de las personas trabajadoras cuando no se alega justificación alguna y conexión causal con la obligación legal por los representantes (Auto del TC 29/2008, de 28 enero, para un supuesto donde además de identificación nominal se solicitaban DNI y domicilios en el marco de un despido colectivo), ni cabría el uso de los datos obtenidos para finalidades diversas ya que, en tal caso, de nuevo, haría falta el consentimiento de la persona trabajadora.

Finalmente, hay que señalar que, de modo correcto, el TS aprovecha para recordar el deber de sigilo de los representantes en relación con los datos transmitidos (art. 65 ET). Pero junto a tal deber, como recuerda la AEDPD, a los representantes de los trabajadores les son también de aplicación las políticas de seguridad de la empresa, en caso de usar los medios empresariales, y, de producirse una brecha de seguridad que afecte a los tratamientos de datos de carácter personal realizados en el desempeño de sus funciones, tendrán que cumplir con los requisitos relativos a la notificación de quebras de seguridad a la autoridad de control y, dependiendo de su alcance, a los afectados, debiendo además de comunicarlo de forma inmediata a la empresa en la que desempeñen sus funciones. De usarse los sistemas telemáticos de la empresa, al tratarse de funciones distintas de las que llevan a cabo como usuarios en la misma, tendrían que recibir perfiles específicos para acceder a los sistemas de información para el ejercicio de su acción representativa y recibir la formación adecuada para su manejo. En todo caso, el tratamiento de datos por parte de los representantes requiere cumplir la obligación de informar a las personas trabajadoras.

Referencias:

1. [^] Se ha cuestionado en alguna ocasión la consideración de tercero de la representación de los trabajadores, entendido como algo independiente de las partes de la relación laboral, en tanto representación legal de los trabajadores con una función de promoción de los intereses de los trabajadores reconocida a nivel constitucional y completamente integrada en el sistema de relaciones laborales. No obstante, el art. 3 del RGPD define al tercero como “persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u organismo distinto del interesado, del responsable del tratamiento, del encargado del tratamiento y de las personas autorizadas para tratar los datos personales bajo la autoridad directa del responsable o del encargado”, con lo que desde esta perspectiva parece tener cabida en el concepto referido.

§ 87 Requisitos de la comunicación escrita de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas de carácter económico.

Carlos Hugo Preciado Domènech

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

Resumen: *Contenido exigible de la carta de despido por causas económicas para informar al trabajador y permitirle una defensa adecuada.*

Palabras clave: *Contenido de la comunicación de despido por causas económicas.*

Abstract: *Required content of the dismissal letter for economic reasons to inform the worker and allow him an adequate defense.*

Keywords: *Content of de dismissal letter for economic reasons.*

I. Introducción

En la sentencia objeto de comentario valorar si la carta de extinción del contrato ofrece suficiente información al trabajador para que éste pueda articular su defensa frente a la decisión empresarial cuando la que se le entregó recoge la necesaria a tal efecto, al ofrecer los datos que ponen de manifiesto una situación económica negativa fundada en pérdidas actuales.

La doctrina sobre el contenido de la carta de despido, se encuentra entre otras en la STS 251/2022, de 23 de marzo (Rcud. 3522/2019), conforme a la que “ el contenido de la carta de despido que invoca la causa económica prevista en el artículo 52.c ET debe ser suficiente para cumplir la doble finalidad de informar plenamente al trabajador de las circunstancias económicas del empresario que pueden justificar la extinción de su contrato y de permitirle articular una adecuada defensa, lo que sólo es posible si la referida información es auténtica y completa”

La razonabilidad de la medida extintiva- al contrario de lo que sostiene la sentencia recurrida- no es elemento que configure el contenido de la carta de extinción, sino que se enmarca en la acreditación de la causa.

Por ello, lo que identifica la sentencia recurrida como insuficiencia de la comunicación de despido porque no justifica la razonabilidad de una medida como es la extinción de un único puesto de trabajo para paliar las elevadas pérdidas de la empresa, no es un razonamiento que afecte al contenido de la carta extintiva, sino que deberá, si acaso, ser examinado como cuestión vinculada o no a la medida extintiva o, lo que es lo mismo a la existencia de la causa.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala IV del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1171/2024, de 25 septiembre.

Tipo y número recurso: RCUd núm. 2484/2021.

ECLI:ES:TS:2024:4544

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema que se plantea radica en determinar si la razonabilidad de la medida de extinción individual del contrato de trabajo derivada de causas económicas debe o no integrar el contenido exigible de la carta de despido, en orden a informar plenamente al trabajador de las circunstancias económicas del empresario que pueden justificar la extinción de su contrato y de permitirle articular una adecuada defensa.

Los hechos que figuran probados son los siguientes:

1º.- D. Maximo , con DNI NUM000 , cuyas demás circunstancias personales obran en la demanda, ha venido prestando servicios para la empresa demandada desde el 01.09.2005, con la categoría de encargado, y percibiendo un salario diario bruto mensual de 4.256,70 € con inclusión de prorrata de pagas extras (folios 52-58 y 64-79).

2º.- En fecha 06.03.2020 el trabajador recibió notificación escrita, que obra al folio 6 de las actuaciones, que se da por reproducida en esta sede, por la que se le comunicaba su despido objetivo por causas económicas, con fecha de efectos de ese mismo día, alegando causas objetivas económicas y organizativas vinculadas a las económicas. La empresa reconoció una indemnización de 42.442,66 €, que fue abonada, así como la liquidación de los quince días de preaviso en cuantía de 1.821,43 € (folios 59-63).

3º.- En el ejercicio 2017 la empresa demandada, que en la actualidad se denomina Dominión E&C Iberia CAU tuvo pérdidas por importe de 1.180.000 €, en el ejercicio 2018 las pérdidas fueron de 1.990.000 € y en el ejercicio 2019 las pérdidas fueron de 1.804.000 € (folios 80-168).

4º.- El demandante no es representante de los trabajadores ni consta acreditada afiliación sindical.

5º.- Por el trabajador se presentó en fecha 15.06.2020 papeleta de conciliación (folio 7)".

IV. Posición de las partes

La empresa demandada formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de febrero de 2016 (rec. 1012/2015). Se denuncia la infracción de los artículos 53.1.a) y 53.4 ET, en relación con el artículo 55 del mismo cuerpo legal, así como la jurisprudencia que desarrolla dichos preceptos legales.

Tras ser impugnado el recurso de la empresa por el actor, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser declarado improcedente, por falta de contradicción.

V. Normativa aplicable al caso

Artículos 53.1.a) y 53.4 ET, en relación con el artículo 55 ET.

VI. Doctrina básica

Como recuerda la reciente STS 251/2022, de 23 de marzo (rcud. 3522/2019) "el contenido de la carta de despido que invoca la causa económica prevista en el artículo 52.c ET debe ser suficiente para cumplir la doble finalidad de informar plenamente al trabajador de las circunstancias económicas del empresario que pueden justificar la extinción de su contrato y de permitirle articular una adecuada defensa, lo que sólo es posible si la referida información es auténtica y completa. Así se ha señalado que el significado de la palabra "causa" en el contexto de la regulación de las causas del despido objetivo por necesidades de la empresa se refiere normalmente no al tipo genérico de causa de despido (por ejemplo, la reestructuración de la plantilla, el cambio en los productos o en los procesos de producción) o a la causa remota que genera las dificultades o situaciones negativas de la empresa en la que se produce el despido (por ejemplo, la crisis económica o las nuevas tecnologías) sino precisamente, como dice repetidamente el art. 51 ET, a las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva. Son estas dificultades o situaciones económicas negativas las que constituyen, en terminología del artículo 51 ET (al que se remite el artículo 52 c) ET sobre el despido objetivo) las "causas motivadoras" que pueden justificar el acto de despido. Por tanto, no es solamente una causa abstracta la que tiene que expresarse en la carta de despido, sino también la causa concreta y próxima motivadora de la decisión extintiva, que refleja la incidencia en la empresa de un determinado tipo de causa o de una posible causa remota.

Doctrina que arranca de la STS de 30 de marzo de 2010, rcud. 10568/2009, y fue seguida por otras, como la de 1 de julio de 2010, rcud. 3439/2009, 30 de septiembre de 2010, rcud. 2268/2009 y 19 de septiembre de 2011, rcud. 4056/2010.

VII. Parte dispositiva

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D.ª Marta Rite Fernández, en nombre y representación de Dominion E&C Iberia, S.A., contra la sentencia dictada el 24 de mayo de 2021, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 278/2021, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 42 de Madrid, de fecha 8 de febrero de 2021, recaída en autos núm. 663/2020, seguidos a instancia de D. Maximo contra Beroa Iberia, S.A., en la actualidad, Dominion E&C Iberia, S.A.

2.- Casar y anular la sentencia recurrida, con devolución de lo actuado a la sala de procedencia para que dicte otra sentencia en la que, partiendo de la suficiencia de la carta extintiva, entre a conocer del resto de los motivos planteados en suplicación.

3.- Sin imposición de costas

VIII. Pasajes decisivos

Del mismo modo que concluimos en aquella STS de 26 de octubre de 2023, rcud. 802/2023, la aplicación de nuestra doctrina al caso que nos ocupa lleva a entender que es la sentencia recurrida la que se ha apartado de la misma, al afirmar que el contenido de la comunicación extintiva debía contener más datos de los que ya reflejaba, cuando resulta que en ella se ofrecía información suficiente al recoger la existencia de pérdidas en la empresa, con sus importes, así como la situación que se estaba produciendo en la línea de negocio que atendía el trabajador en su condición de encargado del almacén cuya actividad se había reducido durante el año 2019 a una semana de media al mes, manteniendo esa misma tendencia en los primeros meses de 2020.

Con todo ello, no es posible considerar que el demandante no pudiera acudir al acto de juicio con los medios de defensa que estimara oportunos en orden a desvirtuar y combatir la medida extintiva, así como la necesidad de la empresa de tener que acreditar los hechos que constituyen la causa de extinción que en la carta indicaba.

La razonabilidad de la medida extintiva no es elemento que configure el contenido de la carta de extinción, sino que se enmarca en la acreditación de la causa.

Por ello, lo que identifica la sentencia recurrida como insuficiencia de la comunicación de despido porque no justifica la razonabilidad de una medida como es la extinción de un único puesto de trabajo para paliar esas elevadas pérdidas, no es un razonamiento que afecte al contenido de la carta extintiva, sino que deberá, si acaso, ser examinado como cuestión vinculada o no a la medida extintiva o, lo que es lo mismo a la existencia de la causa.

Como indicaba la última de las sentencias de esta Sala que hemos citado, una cosa es determinar el contenido formal mínimo que debe contener la carta de despido "y otra, totalmente distinta, es la de valorar las circunstancias concurrentes para concluir sobre la posible existencia y trascendencia de las causas objetivas alegadas para proceder a la extinción contractual".

IX. Comentario

La sentencia que se comenta trata sobre el contenido mínimo de la carta de despido, cuando éste se produce por causas económicas.

La finalidad de la carta de despido es doble, como reconoce la reiterada doctrina de la Sala IV consiste en informar plenamente al trabajador de las circunstancias económicas del empresario que pueden justificar la extinción de su contrato y de permitirle articular una adecuada defensa, lo que sólo es posible si la referida información es auténtica y completa.

La sentencia recurrida considera que comunicación extintiva no contiene los datos mínimos exigibles que describan las causas y proporcionen al trabajador la información suficiente para articular su defensa. A tal efecto, refiere que no consta balance, cuenta de pérdidas y ganancias, saldo patrimonial final, flujos de efectivo y cifra total de negocio, siendo insuficiente el mero dato de una cifra de pérdidas, y menos alusión en la misma del número de trabajadores afectados ni se justifica la medida de extinción de un solo contrato para paliar las tan elevadas pérdidas.

En general podemos afirmar que el contenido exigible de la carta de despido es instrumental del derecho de defensa del trabajador y de las posibilidades de articulación de la misma que le ofrezca dicho contenido, debiéndose entender improcedente el despido cuando no se ofrece un contenido mínimo exigible para ejercitar dicho derecho. Con tal propósito garantista, la normativa sustantiva y procesal constituye la referida causa como elemento delimitador del objeto probatorio del juicio de despido, puesto que "para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido" (arts.103.2, 105.2 y LRJS) y de la carga probatoria del empresario al que le corresponde "la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo"(art. 120 en relación 105.1 LRJS) o, utilizando los términos de la normativa procesal civil, "la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico" correspondiente a su pretensión (art. 217.2 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil; derivadamente se configura como referencia, también, para fijar el concreto contenido de los hechos declarados probados de la sentencia (art. 97.2LPL y 209.2ª LEC) y como determinador del sentido del fallo, pues la procedencia, en su caso, de la decisión extintiva ex art. 52.cET solamente deberá efectuarse, como de forma expresa se establece legalmente, "cuando el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita" (art. 122.1LRJS).

Pues bien, atendidas las circunstancias del caso, si bien es cierto que la razonabilidad de la medida, el juicio de proporcionalidad, no tiene por qué incluirse en la carta de despido, no es menos cierto que la conexión de funcionalidad, esto es la conexión de la medida extintiva con la causa económica alegada es, a mi entender, un elemento nuclear para desplegar con garantías el derecho de defensa.

La justificación del despido por el empresario exige la concurrencia de 3 requisitos:

1) Acreditar la causa del despido: económica, técnica organizativa o productiva.

2) Determinar la conexión de funcionalidad. es decir, en qué modo las causas ETOP inciden en los contratos de trabajo, que se pretenden extinguir. Lo que obligará a demostrar que los contratos, cuya extinción se pretende, han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva. En dicha conexión tienen un peso específico decisivo los criterios de selección de los trabajadores afectados. Ahora la situación económica negativa o los cambios en la demanda de productos o servicios, que la empresa pretenda colocar en el mercado, deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo, que se pretendan extinguir, puesto que dicha relación es el presupuesto constitutivo, para cumplir el mandato del art. 4 del Convenio 158 de la OIT

3) Justificar la proporcionalidad y razonabilidad de la medida. consiste en la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad. Hay que razonar la medida de modo proporcional, utilizándose como técnica de ponderación la razonabilidad como proporcionalidad, que constituye, en suma, una técnica de ponderación de los sacrificios. En efecto, el principio constitucional de proporcionalidad se aplica cuando entran en conflicto derechos, valores o intereses dignos de protección, exigible, además, en toda aplicación de medidas restrictivas de los derechos fundamentales – reiterado en la jurisprudencia constitucional (entre otras, SSTC 62/1982, 13/1985, 66/1995, 55/1996, 207/1996, 151/1997, 175/1997, 200/1997, 37/1998, 177/1998, 18/1999, 187/1999, 186/2000, 34/2010) –, para cuya aplicación debe tenerse en cuenta: 1) la finalidad de la medida adoptada; 2) la idoneidad de la medida (aptitud o adecuación de la medida para conseguir la finalidad pretendida); 3) la necesidad de la medida (ausencia de alternativas más moderadas o menos gravosas para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad perseguida); y 4) la proporcionalidad en sentido estricto (que la medida sea proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto).

Pues bien, partiendo de dicho esquema, podríamos coincidir con la sentencia comentada que la proporcionalidad o razonabilidad de la medida exceda del contenido exigible de la carta de despido. Sin embargo, es más que discutible que la carta no deba contener la conexión de funcionalidad. ¿Cómo puede el trabajador ejercitar con garantías su derecho de defensa si desconoce por qué se ha extinguido precisamente un puesto de trabajo como el suyo (por ejemplo, un comercial en caso de disminución de ventas) y no otro? En suma, si la extinción del contrato por el empresario le obliga a demostrar que los contratos, cuya extinción se pretende, han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva, cómo puede el trabajador ejercitar con garantías su derecho de defensa si desconoce por qué su contrato, precisamente, ha dejado de cumplir con su finalidad económica y productiva

X. Apunte final

El vínculo de la carta de despido con el derecho de defensa, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, es cuestión analizada por el TEDH, que recuerda que el CEDH está diseñado "no para garantizar derechos teóricos o ilusorios, sino derechos reales y efectivos" y que el establecimiento en el derecho interno del derecho a presentar una demanda laboral no garantiza por sí mismo la efectividad del derecho de acceso a un tribunal, si esa posibilidad carece de sustancia y, por lo tanto, de cualquier posibilidad de éxito (vid. *mutatis mutandis*, STEDH 24 noviembre 1993, Caso Imbrioscia c. Suiza (f.38)). En el despido sin causa, en que el empresario no

está obligado a proporcionar las razones del despido con carácter previo al trabajador en K.M.C (f.34), el TEDH considera que se priva al derecho al acceso al tribunal de toda sustancia, por desconocer el trabajador la posición del empleador.

Pues bien, desde la ya temprana STC 20/1981, de 8 de junio, el TC ha reiterado que el derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el art. 24.1 CE comprende, primordialmente, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial, por lo que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones, oportunamente deducidas por las partes en el proceso, se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que, no obstante, se satisface también cuando se obtiene una resolución de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial

Ante dicha doctrina, concluimos con una cuestión: ¿Qué posibilidad de éxito tiene en un proceso de despido un trabajador que ignora al momento de formular la demanda por qué se ha extinguido su contrato de trabajo o por qué dicho contrato ha dejado de cumplir su finalidad económica y productiva?

§ 88 Promotores de empleo de los Servicios Públicos en el marco de subvenciones del ámbito laboral con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y la calificación de su despido.

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social (TSJ de Madrid).

Resumen: La Sala Cuarta revisita su doctrina para insistir en que las extinciones de los contratos para obra o servicio determinado de los promotores de empleo contratados en el marco de subvenciones laborales con cargo a los Presupuestos Generales del Estado no han de computarse a los efectos del artículo 51 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), por cuanto no puede afirmarse deriven de la exclusiva voluntad del empleador.

Palabras clave: Despido. Promotores de Empleo. Despido colectivo.

Abstract: The Fourth Chamber revisits its doctrine to insist that the terminations of contracts for a specific work or service of employment promoters contracted within the framework of labor subsidies charged to the General State Budgets must not be classified as null and void, but as inadmissible, since they do not have to follow the procedures contained in article 51 of the Consolidated Text of the Workers' Statute.

Keywords: Dismissal. Employment Promoters. Collective dismissal.

I. Introducción

La calificación del despido es una de las cuestiones que no dejamos de examinar los tribunales una y otra vez, siendo la fijación de los umbrales que determinarían en cada caso concreto la necesidad de acudir, o no, al procedimiento de despido colectivo una de las pretensiones que con carácter recurrente plantean los justiciables.

El caso que comentamos no es novedoso, pues la Sala Cuarta ya tuvo ocasión de pronunciarse en Pleno, allá por el año 2015^[1], sobre la calificación de improcedencia o nulidad que debían de recibir las extinciones de quienes prestaban servicios como asesores o promotores de empleo contratados por los correspondientes Servicios Públicos provinciales de Empleo (en aquel caso de Andalucía) bajo la modalidad de contrato de duración determinada para obra o servicio determinado en el marco de las subvenciones de ámbito laboral financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

Ahora revisita el Alto Tribunal su doctrina para reiterarla, y concluir que las extinciones de contratos como los que nos ocupan no impone la obligación del ente empleador de acudir a los cauces del artículo 51 de la norma estatutaria, pues dichas extinciones no se produjeron por decisión de la empleadora, sino por ministerio de una disposición legal que determinó una concreta duración para los programas de fomento del Empleo que nutrían vía presupuestaría los mismos.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia número 1183/2024, de 26 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCU. núm. 3421/2023.

ECLI:ES:TS 2024:4672

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. Don. Ignacio. García Perrote Escartín.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El Servicio Público de Empleo de la Comunidad Autónoma de Castilla y León comunicó a los actores (un total de diez) que con fecha de efectos de 5 de octubre de 2022 se produciría la extinción del contrato de duración determinada en la modalidad de obra y/o servicio determinado con ellos celebrado por finalización de la obra objeto de contratación, identificada como *“Proyecto Prospección del Mercado de trabajo: Captación de Ofertas y Demandas de Empleo, aprobado por Resolución de 29 de septiembre de 2020 de la Presidenta del Servicio Público de Empleo de Castilla y León, que atendiendo al contenido de la cláusula adicional tercera del contrato fue prorrogado hasta el 5 de octubre de 2022 mediante resolución de 17 de noviembre de 2021”*.

Resulta acreditado que en esa misma fecha se formalizó la extinción de noventa contratos temporales en la misma modalidad de obra o servicio determinado, incluyendo los de los actores.

Los trabajadores demandaron por despido, interesando se declarase la nulidad por considerar hubo la demandada de haber acudido a los trámites del despido colectivo; o subsidiariamente la improcedencia por haber sido destinados a tareas distintas del objeto del contrato, respondiendo éste a la actividad ordinaria de la empleadora. El Juzgado de lo Social^[2] dictó sentencia estimando la demanda en su pretensión subsidiaria, declarando la improcedencia de los despidos.

Ambas partes recurrieron en suplicación, dictando la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Valladolid, sentencia desestimatoria de ambos recursos^[3].

Acudiendo a sus propios precedentes (sentados entre otras en sentencia de 31 de marzo de 2023, recurso 289/2023) concluía que “los despidos son improcedentes y no nulos porque el cese comunicado a los trabajadores no obedece a la voluntad de la Administración autonómica contratante, sino a la exclusiva decisión legal (resoluciones que aprueban el proyecto, acuerdos del consejo de ministros y diferentes órdenes) que dispuso expresamente la finalización del proyecto y que por ello vino a poner término con la misma fecha a la prestación de los servicios pactados”.

IV. Posición de las partes

Recorre en casación unificadora los actores invocando como sentencia de contraste la sentencia dictada por la propia Sala de Valladolid el 18 de mayo de 2023, en RSU 266/2023. Aquí la Sala razonaba en un supuesto también de contratación temporal de promotores de empleo por el Servicio Público Provincial de Empleo de la Comunidad Autónoma de Castilla y León que *“... si se trata de contrataciones temporales fraudulentas, como en este caso, o resulta que la obra o el servicio*

concertados no han finalizado en absoluto, es decir, ni siquiera de alguna forma parcial que pudiera afectar a la actividad del trabajador, no cabe excluir en del cómputo tales trabajadores a los efectos discutidos, pues en otro caso se dejaría al arbitrio del empleador la utilización de la vía del despido colectivo, excluyendo de los referidos umbrales las contrataciones de esta clase” y añade que “en el sentido de que tales extinciones han de computarse en el caso de que se trate de extinciones producidas sobre contrataciones fraudulentas, por indefinidas, o absolutamente alejadas de la efectividad de las cláusulas de los contratos en cuanto a la eventual conclusión del tiempo pactado o la realización de los servicios concertados”.

Se opone el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León a la estimación del recurso, interesando en su informe el Ministerio Fiscal su desestimación.

V. Normativa aplicable al caso

Como hemos adelantado, la Sala interpreta esencialmente los siguientes preceptos:

- Art 51.1 del ET en cuya virtud, y en lo que ahora interesa dispone que *“A efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:*

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.*
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.*
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores (...)*

Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c), siempre que su número sea, al menos, de cinco.

Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto”.

VI. Doctrina básica

El caso comentado trata de examinar, como en otros muchos supuestos, si la empleadora (en esta ocasión el Servicio Público de Empleo de la Comunidad Autónoma de Castilla y León) hubo de haber acudido, o no, al procedimiento de despido colectivo para extinguir los contratos para obra o servicio determinado suscritos en el marco del denominado “Proyecto de Prospección del Mercado de Trabajo: captación de ofertas y demandadas de empleo” en ejecución de los Planes de choque por el Empleo Joven y Reincorpora-T para los años 2019-2021 financiados con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

El núcleo de la cuestión controvertida consiste, por tanto, en determinar si este tipo de extinciones pueden ser consideradas, o no, como derivadas de la “iniciativa del empresario” en los términos del artículo 51 de la norma estatutaria.

La respuesta a esta incógnita la proporcionó ya la Sala Cuarta en SSTs de 29 de abril de 2014, rcud.1996/13; de 19 de enero de 2015, rcud.531/14; de 17 de febrero de 2015, rcud.2076/13 o la de Pleno de 21 de abril de 2015, rcud.1235/2014 donde vino a concluir varias cuestiones relevantes:

- La primera de ellas es que no resulta de aplicación Directiva 98/59/CE a los despidos colectivos operados en el marco del sector público, por aplicación del artículo 1 de la misma, que al definir su ámbito de aplicación excluye expresamente en su apartado 2.b) *“a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público...”*

- Que como consecuencia de lo anterior el único marco normativo al que habría de estarse sería al disciplinado en el artículo 51 del ET y añade que la extinción de los contratos en cuestión *“no ha obedecido propiamente a una decisión del SAE [la « iniciativa del empresario », a la que se refiere el art. 51.1 ET], sino más propiamente a la exclusiva iniciativa del legislador, pues desde el momento en que el art. 13 de la Ley 35/2010 dispone -para los Orientadores, como se ha dicho- que «[s]e prorroga, hasta el 31 de diciembre de 2012 , el Plan Extraordinario... » , y en que el art. 15 del RD-ley 13/2010 fija -para los Promotores- la finalización de los servicios « el 31 de diciembre de 2012 » , está claro que el cese comunicado en aquella fecha límite a los Asesores/Promotores de Empleo contratados -o prorrogados- a virtud de las referidas normas no obedece a la voluntad de la Administración autonómica contratante, sino a exclusiva decisión legal, que dispuso expresamente la finalización del proyecto extraordinario y que por ello vino a poner término -con la misma fecha- a la prestación de los servicios pactados”*.

- Añade en su razonar la Sala que *“no pretendemos decir que la Ley 35/2010 hubiese introducido una nueva legal causa de extinción del contrato de trabajo que añadir al elenco de las enumerado en el art. 49 ET [lo que ciertamente podría haber hecho, habida cuenta de la libertad que al legislador laboral le corresponde: SSTC 227/1998 , de 26/Noviembre... 179/2001 , de 16/Julio; y 187/2001, de 19/Septiembre], porque tal conclusión en manera alguna puede inferirse de la redacción que aquella Ley ofrece y que anteriormente hemos reproducido. Aparte de que si así fuese -si se considerase causa extintiva, lo que negamos-, por coherencia habríamos de llegar a la conclusión -opuesta a la doctrina hasta la fecha seguida- de que los ceses eran ajustados a Derecho y que ni tan siquiera pudieran declararse improcedentes”*.

- Como última precisión que nos parece interesante destacar, es la relativa a que *“tratándose de una Administración Pública que acuerda los ceses en aplicación de disposiciones legales que imponen la finalización de los servicios -temporales, conforme a su norma de creación- para los que los trabajadores habían sido contratados, está claro que ni tales ceses son legalmente evitables, ni cabe pretender el -en cierto modo- contrasentido de recolocar a los trabajadores que por Ley deben cesar porque tenían vigencia prefijada, con lo que en todo caso se evidenciaría la imposibilidad de alcanzar aquella finalidad primordial del PDC, de «evitar o reducir los despidos colectivos», persistiendo exclusivamente la posibilidad de las «acciones de formación o reciclaje profesional» a que también alude el art. 51.2 ET ; lo que se presenta como muy limitado argumento para justificar la afirmación de que el referido procedimiento debe considerarse obligatorio aún en las circunstancias descritas”*.

En conclusión, considera nuestro Alto Tribunal que este tipo de extinciones no pueden ser atribuidas a la voluntad del ente empleador, y por consiguiente ser computadas a efectos de determinar la superación de los umbrales a los que se refiere el artículo 51 del ET.

VII. Parte dispositiva

Atendiendo a lo expuesto, la Sala desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por los actores, confirmando y declarando la firmeza de la sentencia recurrida.

VIII. Pasajes decisivos

Concentra el Tribunal sus razonamientos jurídicos más relevantes en los fundamentos de derechos segundo y tercero, donde rememora su doctrina unificada y la actualiza.

IX. Comentario y apunte final

El art. 51.1 ET incluye una regla de cierta oscuridad, tomada por cierto casi literalmente del Derecho europeo. La regla dice que, para computar los despidos, a efectos de determinar si existe despido colectivo, se “tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras extinciones producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador siempre que su número sea, al menos de cinco”. La norma excluye del cómputo de las extinciones que dan lugar al despido colectivo a las incluidas en el art. 49.1.c ET (expiración de tiempo convenido y realización de la obra o servicio contratados). En definitiva, esas otras extinciones que se computan dentro del despido colectivo son los mutuos disensos instados por el empresario con fundamento distintos del incumplimiento – culpable o no – del trabajador.

Nutrida es la doctrina sentada por el TJUE relativa a las modalidades extintivas a computar a efectos de alcanzar los umbrales a que se refiere la Directiva, debiendo destacar el Asunto Pujante Ribera de 11 de noviembre de 2015 que incluye a efectos de cómputo del límite numérico a que se refiere el artículo 1 de la Directiva las resoluciones de contrato promovidas a instancia del trabajador frente a incumplimiento del empresario de sus obligaciones contractuales, por considerar que aquéllas encuentran su origen en la actuación del empresario, y no en la libre voluntad del trabajador.

Sabemos también que la cuantía de despidos propuestos que determina la aparición de la categoría del despido colectivo se determina en función de la plantilla de la “empresa”, concepto éste que emplea el art. 51.1, separándose de la Normativa Comunitaria que habla de “centros de trabajo” (así Asunto Rabal Cañas de 15 de mayo de 2015 del TJUE).

Cabe también citar la Sentencia Pleno de la Sala Cuarta 974/18, de 22 de noviembre, rcud.68/2018 que recuerda que la terminación de prestación de servicios de trabajadores fijos discontinuos o de temporada no pueden computarse a los efectos del cálculo de los umbrales del artículo 51 ET.

No podemos terminar sin recordar que la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre deroga la Disposición Adicional 16º del ET^[4], derogación que produce efectos desde el 30 de marzo de 2022, según establece la disposición final 8.2.f) del citado Real Decreto-ley.

Referencias:

1. [^] Sentencia de Pleno de 21 de abril de 2015, Rcu.1235/2014.
2. [^] Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Salamanca 572/2022, de 7 de diciembre.
3. [^] Sentencia 711/2023, de 2 de mayo, RSU.259/2023. *La administración recurrente defendía, en esencia, la autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa de los contratos suscritos bajo el amparo del Proyecto de Prospección pues tienen su propio marco normativo perfectamente diferenciado de la actividad normal y propia de los prospectores del que realizan actividades propias del Servicio de Empleo Público, en éstas se realizan las funciones con bases de datos obrantes en el propio Servicio Público de Empleo y la elaboración de estudios y estadísticas. La labor, del personal contratado al amparo del proyecto se realiza con la visita a empresas, sobre el terreno, sondeando las necesidades, en una acción comercial y en programas concretos,*

dirigidos a planes concretos, en este caso el empleo joven. Asimismo, manifiesta que, los contratos suscritos cuya fecha viene reconocida en el fundamento de hecho tercero de la sentencia, nacieron con una duración determinada fijada hasta el 31 de diciembre de 2021, sin perjuicio de que pudiera acordarse una prórroga de en la ejecución del proyecto, de una duración máxima de hasta 23 meses. La comunicación del cese de la obra o servicio para la que se producen las contrataciones temporales tienen fecha de 5 de octubre de 2022, habiéndose comunicado con la antelación suficiente, sin haberse superado el plazo para el cual estaba previsto el proyecto y procediendo a la liquidación e indemnización legalmente establecida, cumpliendo las previsiones previstas en el artículo 49 del Estatuto de los trabajadores. Añade que en virtud de todo lo anterior, no cabe duda, por un lado, de la válida constitución del contrato de obra o servicio, en la que se ha dado cumplimiento a las previsiones legales previstas tanto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores como en el art.2 del Real Decreto 2720/1998, así como, por otra parte, de su válida extinción estando ante un cese de la relación laboral por haber finalizado la obra que constituía el objeto del procedimiento (ex. artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores). Por otra parte por los demandantes alegan que, no estamos ante una contratación realizada al amparo de una disposición legal, sino debida a la mera decisión del ECYL, que decide unilateralmente acudir a un contrato temporal por obra o servicio determinado, fija una fecha de finalización y decide dar por finalizados los contratos de trabajo por su propia voluntad, sin imposición legal de ningún tipo. En consecuencia, dicen, los ceses (90 en un mismo día) se han producido por iniciativa del empresario, ECYL, por lo cual se impone su cómputo "ex artículo 51.1) DEL Estatuto de los Trabajadores. Concluyen que la finalización de 90 contratos de prospectores laborales -que habían sido suscritos en fraude de ley- por voluntad exclusiva de la empleadora ECYL, todos ellos en la misma fecha, superan los límites establecidos en el art. 51.1. del Estatuto de los Trabajadores y por ello era obligado seguir los trámites establecidos en dicho precepto para los despidos colectivos. No haberlo hecho así conlleva la declaración de nulidad del despido realizado.

4. ^ Que disponía bajo la rúbrica "Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público" que "El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) de la presente ley y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas. A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas, entendiendo como tales, a los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del

servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público. Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior.

§ 89 ¿Quién fija y cómo se fija el "dies a quo" del permiso retribuido del artículo 37.3.b) del ET?

María Areta Martínez

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

Resumen: La SAN-SOC núm. 102/2024, de 12 de septiembre, estima la demanda de conflicto colectivo interpuesta por los sindicatos CC.OO., CSIF y UGT para impugnar la instrucción interna que las empresas demandadas han adoptado con el fin de ajustar el régimen convencional de permisos tras la reforma del artículo 37.3.b) del ET operada por el Real Decreto-ley 5/2023. La Sala declara que, a falta de previsión en convenio colectivo, el inicio del cómputo del permiso del artículo 37.3.b) del ET no tiene por qué coincidir obligatoriamente con el día del hecho causante (si este es laborable), ni con el primer día laborable siguiente al del hecho causante (si este no es laborable), tal y como establece la instrucción interna impugnada. La Sala dictamina que, a falta de previsión convencional, la persona trabajadora es quien ha de fijar el "dies a quo" del permiso en función de sus posibilidades de conciliación, y siempre que sea un día: 1) laborable, 2) a partir del hecho causante (no antes), y 3) en el que persista el hecho causante.

Palabras clave: Permisos retribuidos del artículo 37.3.b) del ET. Permiso por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precisa reposo domiciliario de familiar o conviviente. Fecha de inicio (dies a quo) del permiso.

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la SAN-SOC núm. 102/2024, de 12 de septiembre (ECLI:ES:AN:2024:4446), que resuelve demanda de conflicto colectivo interpuesta por los sindicatos CC.OO., CSIF y UGT frente a las empresas RACE Asistencia SA, Aseguranc SA, Unión de Automóviles Clubs SA y Grupo Empresarial RACE SL. La demanda insta que se declare contraria a Derecho la instrucción interna emitida el 29 de noviembre de 2023 por las empresas demandadas en lo relativo al disfrute del permiso del artículo 37.3.b) del ET, que comenzará el primer día laborable para la persona trabajadora a partir del suceso que ocasiona el permiso, y durará mientras continúe existiendo su causa, hasta el periodo máximo de cinco días naturales consecutivos.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 102/2024, de 12 de septiembre.

Tipo y número de procedimiento: procedimiento de conflicto colectivo núm. 167/2024.

ECLI:ES:AN:2024:4446.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Piñonosa Ros.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El artículo 37.3.b) del ET reconoce a la persona trabajadora el derecho a un permiso retribuido de 5 días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que requiera reposo domiciliario de cualquiera de los sujetos causantes siguientes: 1) cónyuge, 2) pareja de hecho, 3) parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, 4) familiar consanguíneo de la pareja de hecho y 5) persona distinta de las anteriores que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y requiera el cuidado efectivo de esta. Las personas trabajadoras afectadas por el conflicto colectivo se rigen por el Convenio Colectivo del Grupo de Empresas de Servicios del Real Automóvil Club de España (Código de convenio núm. 90017523012009), cuyo Anexo III hace referencia al permiso retribuido del artículo 37.3.b) del ET, sin establecer mención alguna a la fecha de inicio de su disfrute.

La cuestión de fondo consiste en determinar si la instrucción de obligado cumplimiento adoptada por las empresas demandadas el 29 de noviembre de 2023 es ajustada a Derecho al determinar que el permiso del artículo 37.3.b) del ET: 1) se inicia el primer día laborable a partir del hecho causante, y 2) durará mientras persista la causa que lo justifica hasta un máximo de 5 días naturales consecutivos. Finalmente, tras acordar las partes en conciliación judicial que los 5 días del permiso serán laborables y no naturales, la cuestión de fondo queda circunscrita únicamente a dilucidar si la fecha de inicio del permiso queda fijada el primer día laborable a partir del hecho causante o, por el contrario, ante el silencio del convenio colectivo aplicable, la persona trabajadora puede fijarla cualquier otro día laborable mientras persista el hecho causante.

En orden a la resolución de la cuestión de fondo planteada destaca el *iter* cronológico señalado a continuación:

El **29 de noviembre de 2023**, las empresas demandadas emiten una instrucción interna de obligado cumplimiento sobre ajuste del régimen convencional de permisos con motivo de la modificación operada en esta materia por el Real Decreto-ley 5/2023. A efectos de la resolución de la cuestión de fondo planteada, interesa el siguiente tenor literal de la referida instrucción: *A. Permiso por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica que precise reposo domiciliario: (...) A.IV. 2.- El permiso comenzará el primer día laborable para la persona trabajadora a partir del suceso que ocasiona el permiso, y durará mientras continúe existiendo su causa, hasta el periodo máximo de cinco días naturales consecutivos. B. Permiso por causa de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata: (...) B.IV. 2.- El permiso comenzará el primer día laborable para la persona trabajadora a partir del suceso que ocasiona el permiso, y durará mientras continúe existiendo su causa, hasta el periodo máximo de las horas de ausencia anuales equivalentes a cuatro días de la jornada ordinaria diaria del trabajador.*

El **23 de abril de 2024** se celebra el acto de mediación en el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA), que concluye sin acuerdo.

El **17 de mayo de 2024**, la Federación Estatal de Servicios de Comisión Obreras (CC.OO.), la Central Sindical Independiente de Funcionarios (CSIF) y la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (UGT) interponen demanda de conflicto colectivo frente a las empresas RACE Asistencia SA, Aseguradora SA, Unión de Automóviles Clubs SA y Grupo Empresarial RACE SL, en la que se insta que se dicte sentencia por la que:

1. Se declare contraria a derecho la normativa emitida el 29 de noviembre de 2023 en lo relativo a la concreción del disfrute del permiso del art. 37.3.b) del ET en días naturales con inicio obligatorio desde el día del hecho causante y respecto de la exigencia de justificación mediante certificados médicos que incluya el concreto origen del hecho causante y la duración del mismo como requisito de acceso a los permisos previstos en el art. 37.3.b) y 37.9 del ET.

2. Se declare el derecho del personal a disfrutar los permisos del art. 37.3.b) del ET en días laborables y sin que el inicio de los mismos se encuentre determinado por el inicio del hecho causante.

3. Se declare la ilegalidad de la imposición de la justificación de la causa en base al concepto de enfermedad grave recogido en el anexo del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio.

El **22 de mayo de 2024** se dicta Decreto por el que la demanda es admitida a trámite, así como Auto que resuelve sobre la prueba interesada.

El **10 de septiembre de 2024** se celebra el intento de conciliación judicial, que finaliza con acuerdo parcial en los siguientes términos: *Ambas partes se someten en cuanto a la consideración de los días como laborables o naturales a la resolución del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 25.1.2024 (procedimiento 275/23) y hasta que no se resuelva dicho recurso las empresas aplicarán el criterio de que los días serán laborables. La empresa suprime la referencia al Real Decreto 11/48 de 29 de julio de 2011 para la justificación del permiso del 37.3.b y 37.9 del ET.* A continuación se celebró el acto del juicio oral, siendo la única cuestión controvertida la relativa a la fecha de inicio de disfrute del permiso del artículo 37.3.b) del ET. En el acto de conciliación judicial, las partes acordaron que la duración del permiso no quedaría en días naturales, tal y como indica la instrucción impugnada, sino en días laborables, tal y como indica la SAN-SOC núm. 101/2024, de 24 de julio (procedimiento núm. 157/2024. ECLI:ES:AN:2024:4220).

El **10 de septiembre de 2024**, la Sala de lo Social de la AN dicta la sentencia núm. 102/2024, que ahora se comenta, resolviendo la demanda de conflicto colectivo presentada el 17 de mayo de 2024 por los sindicatos CC.OO., CSIF y UGT.

IV. Posiciones de las partes

1. La parte demandante (sindicatos)

Los sindicatos demandantes (CC.OO., CSIF y UGT) sostienen que las empresas demandadas realizan una interpretación restrictiva e injustificada de los permisos del artículo 37.3.b) el ET tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 5/2023. Se alega que las empresas exigen que los permisos comiencen a disfrutarse desde la fecha misma del hecho causante (o día laborable siguiente, caso de que no lo fuera), sin que el ET ni la Directiva 2019/1158 recojan tal exigencia. Los sindicatos concluyen que el criterio establecido por la instrucción de 29 de noviembre de 2023 para fijar el *dies a quo* del permiso es contrario a su finalidad, que es cuidar del sujeto causante.

2. La parte demandada (empresas)

Las empresas demandadas se oponen a la demanda, señalando que la decisión sobre la forma de disfrute de los permisos del artículo 37.3.b) del ET no puede quedar

al arbitrio del trabajador, sino que entra dentro del ámbito de organización del propio empresario; añaden que de no ser así podría generarse una situación discriminatoria en relación a los trabajadores que no disponen de apoyo familiar para prestar las labores de cuidado pues estos, necesariamente, deberían siempre disfrutar del permiso desde la fecha del hecho causante.

V. Normativa aplicable al caso

La SAN-SOC núm. 102/2024, de 12 de septiembre, fundamenta el Fallo en la normativa y jurisprudencia señaladas a continuación:

Normativa aplicada al caso:

- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS) (BOE núm. 245, de 11 octubre 2011).
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) (BOE núm. 255, de 24 octubre 2015): artículo 37.3.b) ET.
- Convenio Colectivo del grupo de empresas de servicios del Real Club Automóvil de España (RACE): RACE Asistencia, SA; Asegurace, SA; Unión de Automóviles Clubs, SA; y Grupo empresarial RACE, SL (Código Convenio número 90017523012009) (BOE núm. 95, de 21 abril 2015): anexo III.

Jurisprudencia aplicable al caso:

La Sala de lo Social de la AN fundamenta su argumentación en numerosas sentencias de la Sala de lo Social del TS, que son las siguientes:

- Sobre la fijación del *dies a quo* del permiso del artículo 37.3.b) del ET el primer día laborable siguiente al del hecho causante cuando este no es laborable:
 - STS-SOC núm. 132/2018 (RCO núm. 266/2016). Conviene señalar que la STS-SOC núm. 132/2018 no resuelve el RCO núm. 266/2016. Todo apunta a que la referencia ha de entenderse hecha a la STS-SOC núm. 145/2018, de 13 de febrero (RCO núm. 266/2016. ECLI:ES:TS:2018:745).
 - STS-SOC núm. 811/2020, de 29 de septiembre (RCO núm. 244/2018. ECLI:ES:TS:2020:3167).
 - STS-SOC núm. 189/2022, de 24 de febrero (RCO núm. 176/2021. ECLI:ES:TS:2022:831).
 - STS-SOC núm. 695/2023, de 3 de octubre (RCO núm. 239/2021. ECLI:ES:TS:2023:4106).
- Sobre el disfrute del permiso del artículo 37.3.b) del ET en días laborables cuando el convenio colectivo nada dispone al respecto: STS-SOC núm. 414/2023, de 7 de junio (RCO núm. 280/2021. ECLI:ES:TS:2023:2624).
- Sobre el *dies a quo* del permiso del artículo 37.3.b) del ET el día del hecho causante y su disfrute en días naturales cuando así se desprende del convenio colectivo y siempre que este mejore claramente la regulación legal:
 - STS-SOC núm. 377/2018, de 5 de abril (RCO núm. 122/2017. ECLI:ES:TS:2018:1455).
 - STS-SOC núm. 226/2020, de 11 de marzo (RCO núm. 188/2018. ECLI:ES:TS:2020:1854).
 - STS-SOC núm. 968/2022, de 20 de diciembre de 2022 (RCUD núm. 2984/2021. ECLI:ES:TS:2022:4884). Esta sentencia no aborda ninguna cuestión referida a los permisos del artículo 37.3.b)

del ET, sino la ausencia de despido tácito cuando la empresa cursa la baja de un trabajador en la Seguridad Social por finalización del periodo máximo de duración de la IT. Por tanto, cabe entender que no procede traer a colación esta sentencia en el caso ahora examinado.

VI. Doctrina básica

La SAN-SOC núm. 102/2024, de 12 de septiembre, inicia su argumentación con dos ideas: 1) el modo en el que ha de realizarse el cómputo y ha de fijarse la fecha de inicio del permiso del artículo 37.3.b) del ET ha sido siempre cuestión polémica; y 2) el permiso del artículo 37.3.b) del ET tienen sentido cuando sirve para atender a la causa que lo permite, de ahí que se exija cierta inmediatez entre la causa y el disfrute.

La AN declara que *el inicio del cómputo del permiso en cuestión no tiene por qué coincidir con la fecha del hecho causante pues la finalidad del permiso y la realidad del tiempo en el que la norma debe ser aplicada permiten que sean los/as trabajadores/as afectados/as quienes determinen la fecha de inicio en función de sus posibilidades de conciliación y mientras el hecho causante permanezca. Así, las características y finalidad del permiso requieren una disponibilidad de ajuste dentro del periodo en el que tenga lugar tal hecho causante.* En definitiva, la Sala dictamina que, a falta de previsión en convenio colectivo, la persona trabajadora es quien ha de fijar el *dies a quo* del permiso del artículo 37.3.b) del ET: 1) en función de sus posibilidades de conciliación, 2) un día que sea laborable, 3) a partir de la fecha del hecho causante; y 4) mientras persista el hecho causante.

VII. Parte dispositiva

La Sala de lo Social de la AN falla en los términos siguientes:

- **Primero.** Estimar la demanda de conflicto colectivo interpuesta por los sindicatos CC.OO., CSIF y UGT frente a las empresas RACE Asistencia SA, Asegurance SA, Unión de Automóviles Clubs SA y Grupo Empresarial RACE SL.
- **Segundo.** Declarar contraria a Derecho la instrucción interna de obligado cumplimiento emitida el 29 de noviembre de 2023 por las empresas demandadas, en lo relativo al inicio del disfrute del permiso del artículo 37.3.b) del ET desde el primer día laborable a partir de hecho causante.
- **Tercero.** Declarar el derecho del personal afectado por el conflicto colectivo a disfrutar el permiso del artículo 37.3.b) del ET sin que el inicio del mismo se encuentre determinado por la fecha inicial del hecho causante.
- **Cuarto.** Acordar la no imposición de costas.

VIII. Comentario

La actual redacción del artículo 37.3.b) del ET procede de la reforma operada por el artículo 127.Tres del Real Decreto-ley 5/2023, que transpone al ordenamiento jurídico interno español el permiso de cuidadores previsto en el artículo 6 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019. Por tanto, el precepto estatutario ha de aplicarse teniendo en cuenta la primacía del Derecho de la Unión Europea, ajustándose al contenido de la referida Directiva. Tomando esta idea como punto de partida, la SAN-SOC núm. 102/2024 invita a reflexionar, entre otros, sobre dos aspectos:

- Primer aspecto: la finalidad del permiso del artículo 37.3.b) del ET.
- Segundo aspecto: el *dies a quo* del permiso del artículo 37.3.b) del ET.

1. La finalidad del permiso del artículo 37.3.b) del ET

La SAN-SOC núm. 102/2024 señala que la **finalidad del permiso del artículo 37.3.b) del ET** es la prestación de cuidados por parte de la persona trabajadora a su cónyuge, pareja de hecho o pariente hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como a cualquier otra persona distinta de las anteriores que viva en el mismo domicilio. Cualquiera de las personas señaladas (sujetos causantes) han de necesitar cuidados porque: 1) padece una enfermedad grave, 2) ha sufrido un grave accidente; 3) está hospitalizada o se ha sometido a una intervención quirúrgica sin hospitalización que requiere reposo domiciliario. Por tanto, la persona que trabaja por cuenta ajena se ausenta del trabajo para cuidar, convirtiéndose en cuidador/a durante su ausencia laboral; dicho de otro modo: la persona trabajadora no puede disfrutar del permiso del artículo 37.3.b) del ET si no es para cuidar a cualquiera de las personas indicadas (sujeto causante) y por alguno de los motivos señalados (hecho causante). La finalidad del permiso del artículo 37.3.b) del ET se corresponde con las definiciones que la Directiva (UE) 2019/1158 recoge de “permiso para cuidadores” [artículo 3.1.c)] y de “cuidador” [artículo 3.1.d)].

- El artículo 3.1.c) de la Directiva (UE) 2019/1158 define el “permiso para cuidadores” como *ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores a fin de prestar cuidados o ayuda personales a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro.*
- El artículo 3.1.d) de la Directiva (UE) 2019/1158 define al “cuidador” como *trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro.*

2. El dies a quo del permiso del artículo 37.3.b) del ET

2.1 Introducción

En el caso ahora examinado, los sindicatos (CC.OO., CSIF y UGT) interponen demanda de conflicto colectivo para impugnar la instrucción interna de obligado cumplimiento que las empresas demandadas adoptan el 29 de noviembre de 2023 sobre permiso por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario. El *petitum* de la demanda se centra en dos aspectos:

- Primer aspecto: el inicio del cómputo del permiso (*dies a quo*). La instrucción señala que el *dies a quo* es el *primer día laborable para la persona trabajadora a partir del suceso que ocasiona el permiso*.
- Segundo aspecto: los parámetros cuantitativo y cualitativo del permiso. La instrucción señala que el permiso *durará mientras continúe existiendo su causa, hasta el periodo máximo de cinco días naturales consecutivos*.

Una consideración previa sobre el segundo aspecto: inicialmente, una de las dos pretensiones de la demanda era declarar contraria a Derecho la instrucción interna en lo relativo a la consideración de los 5 días de permiso como naturales. No obstante, en el acto de conciliación judicial las partes acuerdan asumir el criterio adoptado por la SAN-SOC núm. 9/2024, de 25 de enero (procedimiento núm. 275/2023. ECLI:ES:AN:2024:54) hasta que el TS resuelva el recurso de casación interpuesto frente a la misma. La SAN-SOC núm. 9/2024 declara que los días de permiso han de ser laborables y no naturales, dando así cumplimiento al artículo 6 de la Directiva (UE) 2019/1158, que exige a los Estados miembros garantizar un permiso para cuidadores de 5 días, que han de ser laborables. No obstante, más allá de computar la duración

del permiso en días laborables, conviene llamar la atención sobre dos cuestiones que plantea la instrucción interna impugnada referidas a la duración del permiso, que no llegan a plantearse en la demanda y a las que no da respuesta la norma comunitaria, el artículo 37.3.b) del ET ni el convenio colectivo aplicable; son las siguientes:

- Primera cuestión: ¿los 5 días de permiso deben ser consecutivos? La instrucción interna señala que los 5 días (laborables) de permiso son consecutivos y, por tanto, deben disfrutarse de manera ininterrumpida (continuada). La duración del permiso, aun siendo reducida, ofrece margen para plantear si el disfrute puede ser discontinuo (fraccionarse). Por ello, no parece baladí examinar si, a falta de previsión en convenio colectivo, la persona trabajadora puede fraccionar el disfrute del permiso, o si el fraccionamiento ha de ser acordado por ambas partes, teniendo en cuenta tanto las necesidades de conciliación de la persona trabajadora como las necesidades organizativas de la empresa.
- Segunda cuestión: ¿el permiso puede durar menos de 5 días si el hecho causante no se mantiene durante todo ese tiempo? La instrucción interna señala que el permiso durará mientras continúe existiendo su causa, es decir, mientras persista el hecho causante. Por tanto, la instrucción impide seguir disfrutando el permiso una vez que finalice el hecho causante, aun cuando no se hayan agotado los 5 días, que serían de duración máxima. En definitiva, la instrucción contempla la posibilidad de que el permiso dure menos de 5 días si el hecho causante finaliza antes. Este criterio, que recoge la instrucción interna, contraviene en cierto modo la doctrina de la SAN-SOC núm. 101/2024, de 24 de julio (procedimiento núm. 157/2024. ECLI:ES:AN:2024:4220), según la cual, en caso de ingreso hospitalario inferior a 5 días, es posible agotar los 5 días de permiso cuando el sujeto causante continúa en reposo domiciliario por prescripción médica tras el alta hospitalaria.

2.2 El *dies a quo* del permiso del artículo 37.3.b) del ET debe ser laborable, pero ¿necesariamente el primer día laborable que sigue al hecho causante o puede ser otro ulterior?

La SAN-SOC núm. 102/2024 declara contraria a Derecho la instrucción interna de las empresas, de 29 de noviembre de 2023, en lo relativo al *dies a quo* (fecha de inicio) del permiso del artículo 37.3.b) del ET, señalando que, a falta de previsión en convenio colectivo, no tiene por qué coincidir con el día del hecho causante (si este es laborable) o con el primer día laborable siguiente al del hecho causante (si este no es laborable). Conviene subrayar que la doctrina de la Sala de lo Social de la AN no se agota ahí, y añade que corresponde a la persona trabajadora fijar el día de inicio del permiso en función de sus posibilidades de conciliación y mientras el hecho causante permanezca.

La cuestión pasa por determinar si la doctrina que recoge la SAN-SOC núm. 102/2024 respeta las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia elaborada sobre el *dies a quo* del permiso del artículo 37.3.b) del ET. Vaya por delante que la Directiva (UE) 2019/1158 no recoge previsión sobre el *dies a quo* del permiso para cuidadores, centrándose principalmente en fijar su duración desde un punto de vista cuantitativo (5 días) y cualitativo (días laborables), y dentro de un marco temporal de referencia anual (5 días laborables al año por persona trabajadora).

La instrucción interna de 29 de noviembre de 2023, que ahora se impugna, fija el *dies a quo* del permiso del artículo 37.3.b) del ET *el primer día laborable para la persona trabajadora a partir del suceso que ocasiona el permiso*. No parece que tal previsión resulte contraria a las normas del ordenamiento jurídico ni de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS sobre el *dies a quo* de los permisos retribuidos, incluido el del artículo 37.3.b) del ET. El TS declara que^[1]: 1) si el día en

que se produce el hecho causante es laborable, no hay duda de que ese es el día inicial del permiso: el *dies a quo* del permiso es el del hecho causante; y 2) si el día en que se produce el hecho causante no es laborable (festivo o día establecido como no laborable en el calendario laboral), es claro que el permiso no se inicia hasta el primer día laborable que le siga: el *dies a quo* del permiso es el primer día laborable siguiente al hecho causante. Nótese que el TS no señala que el permiso se inicia cualquier día laborable a partir del hecho causante, sino el primer día laborable inmediatamente posterior al hecho causante. Por tanto, la doctrina del TS lleva a pensar que el *dies a quo* del permiso del artículo 37.3.b) del ET no cabe demorarlo más allá del primer día laborable siguiente al hecho causante; dicho de otro modo: no cabría fijarlo, como hace la SAN-SOC núm. 102/2024, cualquier día laborable posterior al hecho causante mientras este persista.

Llegados a este punto, cabe cuestionar si la SAN-SOC núm. 102/2024 contraviene realmente la jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS que fija el *dies a quo* del permiso el primer día laborable siguiente al hecho causante. En realidad, tanto la doctrina de la AN como la jurisprudencia del TS coinciden en dos puntos: 1) el *dies a quo* del permiso ha de ser laborable y 2) el *dies a quo* del permiso ha de fijarse a partir del hecho causante, no antes. No obstante, la diferencia reside en cuál haya de ser el día laborable de inicio del permiso. Así, mientras el TS dictamina que ha de ser el primero que siga al hecho causante, la AN señala que no tiene que ser necesariamente el primero que sigue al hecho causante, sino cualquier otro ulterior en el que persista el hecho causante. En definitiva, mientras el TS aboga por que el *dies a quo* del permiso sea lo más próximo al día del hecho causante, la AN no exige tal grado de inmediatez.

En cualquier caso, conviene no pasar por alto un aspecto y es que la cuestión relativa a cuál haya de ser el *dies a quo* del permiso del artículo 37.3.b) del ET no se ha planteado ante el TS y ante la AN en términos idénticos. Por una parte, la cuestión que reiteradamente ha venido resolviendo el TS ha consistido en determinar si el *dies a quo* del permiso ha de ser siempre el del hecho causante, aun cuando no sea laborable, o el primer día laborable que sigue al del hecho causante, caso de que este no lo fuera. Por su parte, la cuestión que resuelve la SAN-SOC núm. 102/2024, aun yendo también referida al *dies a quo* del permiso del artículo 37.3.b) del ET, se plantea en términos bien distintos, y consiste en dilucidar si, partiendo de que el *dies a quo* debe ser laborable, ha de corresponder necesariamente con el primero que sigue al hecho causante o puede ser otro ulterior en el que persista el hecho causante. En definitiva, resulta muy relevante examinar los términos en los que la cuestión de fondo se plantea en cada conflicto jurídico, no pudiendo pasar por alto la congruencia exigida entre lo pedido y lo resuelto por la sentencia. Por ello, no parece baladí examinar si la doctrina de la SAN-SOC núm. 102/2024 es o no realmente contraria al criterio adoptado por el TS, y es que la cuestión sobre el *dies a quo* del permiso del artículo 37.3.b) del ET no se planteó ante la AN en términos idénticos a como se ha venido planteando ante el TS.

2.3 ¿La persona trabajadora tiene derecho a fijar el *dies a quo* del permiso del artículo 37.3.b) del ET?

La SAN-SOC núm. 102/2024 afirma que la persona trabajadora es quien ha de fijar el *dies a quo* del permiso del artículo 37.3.b) del ET en función de sus posibilidades de conciliación, y siempre que sea un día: 1) laborable, 2) a partir del hecho causante (no antes), y 3) en el que persista el hecho causante. En realidad, todo apunta a que la Sala está reconociendo a la persona trabajadora el derecho a determinar el *dies a quo* del permiso, observando para ello los tres parámetros indicados. La persona trabajadora tiene derecho a un permiso retribuido de cinco días (laborables) cuando acontece el hecho causante del artículo 37.3.b) del ET, pero ¿tiene también derecho a elegir cuándo comienza a disfrutarlo? En definitiva, se trata de aclarar si la persona trabajadora tiene o no derecho a concretar el *dies a quo* del permiso del artículo 37.3.b) del ET.

Resulta comprensible que la persona trabajadora prefiera comenzar a disfrutar del permiso un día laborable que no sea el inmediatamente posterior al hecho causante, sino otro más adelante. Piénsese, por ejemplo, en el caso de varias personas que se turnan para cuidar en días distintos a un familiar que permanece hospitalizado durante un largo periodo de tiempo, y resulta que la persona trabajadora no se encarga del cuidado hasta pasados unos días de la fecha del ingreso hospitalario. Ciertamente, el permiso no puede iniciarse si todavía no se va a cuidar del familiar porque no se estaría cumpliendo con la finalidad que le es propia. No obstante, habría que examinar si la decisión de la persona trabajadora al fijar el *dies a quo* del permiso puede quedar condicionada (limitada) por las necesidades organizativas de la empresa; dicho de otro modo: si el *dies a quo* del permiso tendría que ser acordado entre empresa y persona trabajadora. En este sentido, habría que diferenciar entre el reconocimiento del derecho al permiso por hospitalización de familiar o conviviente, que procede en todo caso, y su posterior concreción o disfrute. Nótese que los términos de ejercicio (disfrute) de algunos derechos laborales de conciliación, como los del artículo 34.8 del ET, no son decisión unilateral (derecho) de la persona que trabaja por cuenta ajena, sino que han de ser negociados y acordados. Por otra parte, el artículo 37.7 del ET reconoce a la persona trabajadora el derecho a la concreción horaria y determinación de los derechos laborales de conciliación previstos en los apartados 4, 5 y 6, pero nada dice al respecto sobre los permisos del apartado 3.

La cuestión última pasa por determinar cuál haya de ser el instrumento habilitado para concretar el disfrute del permiso del artículo 37.3.b) del ET, incluyendo el *dies a quo*, que ha de ser laborable y fijarse a partir del hecho causante, no antes. Todo apunta a que el convenio colectivo es el instrumento idóneo para ello. No obstante, el problema se plantea cuando, como sucede en el caso ahora examinado, el convenio colectivo no recoge previsión al respecto. Esto lleva a plantear si el *dies a quo* del permiso puede fijarse: 1) a través de una instrucción interna de obligado cumplimiento adoptada unilateralmente por la empresa, tal y como ha sucedido en el caso ahora examinado; 2) por la propia persona trabajadora en función de sus necesidades de conciliación, tal y como declara la SAN-SOC 102/2024; 3) en virtud de acuerdo individual suscrito entre ambas partes o 4) en virtud de un acuerdo colectivo suscrito entre la empresa y la representación legal de los trabajadores (RLT).

Tal vez haya que analizar también si la instrucción interna adoptada por las empresas demandadas el 29 de noviembre de 2023, sobre el disfrute del permiso del artículo 37.3.b) del ET, comporta una modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT), en cuyo caso tendría que haberse seguido el cauce del artículo 41 del ET, o si realmente responde a la necesidad de adecuar el permiso tanto a la nueva redacción del artículo 37.3.b) del ET dada por el Real Decreto-ley 5/2023 como a la jurisprudencia del TS sobre el *dies a quo*. Dos consideraciones al respecto:

- Primera consideración: la instrucción interna impugnada realiza una adaptación del permiso a la nueva regulación del artículo 37.3.b) del ET dada por el Real Decreto-ley 5/2023, en lo relativo a los sujetos causantes (amplía el elenco de sujetos causantes) y su duración (5 días laborables). Esta adaptación puede ser adoptada unilateralmente por la empresa sin que ello comporte una MSCT^[2].
- Segunda consideración: la instrucción interna impugnada no se limita a realizar la adaptación del permiso a la nueva redacción del artículo 37.3.b) del ET; añade dos elementos sobre su disfrute:
 - La instrucción interna fija el *dies a quo* del permiso el primer día laborable a partir del hecho causante, incorporando el criterio fijado por la Sala de lo Social del TS sobre el *dies a quo* de los permisos.
 - La instrucción interna añade que los días de permiso se disfrutarán de manera continuada y mientras persista el hecho causante, y resulta que ambos aspectos no encuentran su razón de ser en la adaptación a la nueva redacción del artículo 37.3.b) del ET ni a la

doctrina jurisprudencial. Así, cabe plantearse hasta qué punto la instrucción interna adoptada unilateralmente por las empresas demandadas es el instrumento adecuado para fijar que los 5 días laborables de permiso se disfrutarán de manera continuada y siempre que permanezca el hecho causante.

IX. Apunte final. La doctrina de la Sala de lo Social de la AN sobre el permiso del artículo 37.3.b) del ET tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 5/2023

Merece la pena destacar, a modo de apunte final, que la Sala de lo Social de la AN ha dictado en el año 2024 cinco sentencias significativas sobre duración y disfrute del permiso retribuido del artículo 37.3.b) del ET, en la redacción dada por el artículo 127.Tres del Real Decreto-ley 5/2023; son las siguientes:

- **SAN-SOC núm. 9/2024, de 25 de enero (procedimiento núm. 275/2023).**
Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Gil Plana. ECLI:ES:AN:2024:54. Esta sentencia resuelve una demanda de impugnación de convenio colectivo en la que se insta la nulidad del término "natural" previsto en las letras b) y d) del apartado 1º del artículo 30 del III Convenio Colectivo del Sector del Contact Center (Código de convenio núm. 99012145012002), al considerar que el cómputo de los permisos contemplados en el antecitado precepto en días naturales es contrario a lo establecido en el artículo 6 de la Directiva 2019/1158, el artículo 37 del ET y la jurisprudencia que interpreta este último. La Sala concluye que los 5 días de permiso han de ser laborables y no naturales.
- **SAN-SOC núm. 87/2024, de 11 de julio (procedimiento núm. 146/2024).**
Ponente: Ilma. Sra. Dña. Ana Sancho Aranzasti. ECLI:ES:AN:2024:3925. Esta sentencia resuelve una demanda de conflicto colectivo donde se insta que se declare nula o subsidiariamente injustificada, por no haber seguido el cauce de la MSCT del artículo 41 del ET, la decisión unilateral de la empresa demandada de fijar la duración del permiso por hospitalización de familiar o conviviente en 5 días laborables (haya o no desplazamiento), suprimiendo los 3 días naturales adicionales por desplazamiento que establece el Acuerdo de Homologación de Condiciones de Trabajo del personal (3 días naturales + 3 días naturales adicionales en caso de desplazamiento). El sindicato demandante denuncia que la empresa ha adoptado una MSCT sin seguir el cauce del artículo 41 del ET. La AN desestima la demanda por entender que la decisión empresarial impugnada no comporta una MSCT que requiera previa apertura de un periodo de consultas con la RLT, sino que responde a la necesaria adecuación del permiso por hospitalización a la nueva redacción del artículo 37.3.b) del ET, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 5/2023. La Sala añade que el permiso de 5 días laborables es más favorable para el personal que el de 6 días naturales recogido en el Acuerdo de Homologación.
- **SAN-SOC núm. 101/2024, de 24 de julio (procedimiento núm. 157/2024).**
Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Piñonosa Ros. ECLI:ES:AN:2024:4220. Esta sentencia resuelve una demanda de conflicto colectivo cuya cuestión de fondo consiste en determinar si en caso de ingreso hospitalario inferior a 5 días, el permiso por hospitalización del artículo 37.3.b) del ET debe concederse únicamente por los días de hospitalización (mientras persista el hecho causante) o si, por el contrario, la persona trabajadora puede agotar los 5 días de permiso cuando hay prescripción médica de reposo domiciliario tras el alta hospitalaria. La Sala

estima la demanda, declarando que procede el disfrute íntegro de los 5 días de permiso.

- **SAN-SOC núm. 102/2024, de 12 de septiembre (procedimiento núm. 167/2024). Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Piñonosa Ros. ECLI:ES:AN:2024:4446.** Esta sentencia, que es la comentada en las páginas precedentes, resuelve una demanda de conflicto colectivo en la que se impugna la instrucción interna de las empresas demandadas, que fija el *días a quo* del permiso del artículo 37.3 del ET el primer día laborable siguiente al hecho causante. La Sala dictamina que el *días a quo* del permiso no tiene que ser necesariamente el primer día laborable posterior al hecho causante, de modo que la persona trabajadora puede fijarlo, en función de sus posibilidades de conciliación, cualquier día laborable ulterior mientras persista el hecho causante.
- **SAN-SOC núm. 145/2024, de 7 de noviembre (procedimiento núm. 180/2024). Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Gil Plana. ECLI:ES:AN:2024:5417.** Esta sentencia resuelve una demanda de conflicto colectivo cuya cuestión de fondo consiste en determinar la interpretación que merece el artículo 29.f) del II Convenio Colectivo de la empresa Vestas Eólica (Código de convenio núm. 90102442012016) tras la reforma del artículo 37.3.b) del ET, operada por el Real Decreto-ley 5/2024. El artículo 29.f) del Convenio Colectivo, cuya redacción es anterior a la reforma del artículo 37.3.b) del ET, reconoce un permiso de *dos días adicionales a los que establece el Estatuto de los Trabajadores* para los casos, entre otros, de *accidente o enfermedad grave con hospitalización o intervención quirúrgica mayor grave, de parientes hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad, y cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento superior a 150 kilómetros debiendo de pernoctar fuera de su casa al efecto, el plazo se aumentará en dos días laborables más*. La AN declara que el artículo 29.f) del Convenio Colectivo prevé 2 días laborables de permiso adicionales a los 2 que establecía el artículo 37.3.b) del ET en su redacción anterior a la reforma de 2023. La Sala dictamina que la previsión convencional decae en su vigencia porque con la nueva redacción del artículo 37.3.b) del ET, la duración legal del permiso es de 5 días, superando a la situación mejorada por convenio, que es de cuatro días.

Referencias:

1. ^ *Por todas, vid., STS-SOC núm. 145/2018, de 13 de febrero (RCO núm. 266/2016. ECLI:ES:TS:2018:745).*
2. ^ *El TS ha declarado que para que la decisión empresarial impugnada pueda revistar la naturaleza de MSCT resulta esencial que responda a la exclusiva voluntad unilateral de la empleadora y no a la necesidad derivada de la aplicación de una norma legal que la imponga. Por todas, vid., STS-SOC núm. 935/2024, de 25 de junio (RCUD núm. 161/2022. ECLI:ES:TS:2024:3557).*

§ 90 ¿La aplicación del principio de proporcionalidad en el cómputo de los servicios a tiempo parcial frente a los prestados a tiempo completo dentro de un proceso de estabilización viene avalada por los parámetros de mérito y capacidad?

Susana Rodríguez Escanciano

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

Resumen: La obligada observancia de los principios de mérito y capacidad en los procesos selectivos de estabilización en el empleo público justifica que se atribuya mayor puntuación a quienes han prestado servicios a tiempo completo frente a quienes lo han hecho a tiempo parcial, considerando debidamente justificada la aplicación del principio de proporcionalidad.

Palabras clave: Mérito y capacidad. Proceso de estabilización. Principio de proporcionalidad. Prestación de servicios a tiempo parcial. Discriminación indirecta.

Abstract: The compulsory observation of the principles of merit and capacity in the selective processes of stabilization in public employment justifies that higher scores are attributed to those who have served full time as opposed to those who have served part time, considering that the application of the principle of proportionality is justified.

Keywords: Merit and ability. Stabilization process. Principle of proportionality. Part-time services. Indirect discrimination.

I. Introducción

Es un hecho incontrovertible las elevadas dosis de temporalidad en el sector público hasta el punto de que un 30 por 100 de efectivos han tenido un vínculo temporal en los últimos años. Los Entes Públicos han preferido contar con la herramienta de una importante bolsa de incorporación de efectivos a término, frente a otros procedimientos, siempre más complejos de articular (tal y como sucede con el reclutamiento de personal laboral estable o de funcionarios de carrera), dando lugar a una manifestación indiscutiblemente patológica, máxime los vínculos se prolongan notablemente en el tiempo o se encabalgan sucesivamente, lo cual no deja de resultar paradójico dada la naturaleza de las actividades desempeñadas que no responden a una demanda eventual por tratarse de servicios de interés general de naturaleza permanente. Múltiples pronunciamientos judiciales han considerado tal proceder contrario a la Directiva 1999/70, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada.

Con el fin de revertir esta tendencia y alcanzar una tasa de temporalidad que no sobrepase el 8 por 100, el artículo 2 de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, establece la ampliación de los procesos de estabilización de empleo temporal a una tercera fase. Así, adicionalmente a los que regularon los artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y 19.Uno.9 de la

Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, se autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas, y estando dotadas presupuestariamente, hayan venido ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020.

Los procesos garantizarán el cumplimiento de los principios de libre concurrencia (sin posibilidad de convocatorias restringidas), igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Sin perjuicio de lo establecido en su caso en la normativa propia de función pública de cada Administración o la normativa específica, el sistema de selección será el de concurso-oposición, con una valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate, pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en fase de oposición, en el marco de la negociación colectiva establecida en el artículo 37.1 c) Real Decreto Legislativo 30/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (EBEP). No obstante, excepcionalmente, y por una sola vez, se admite recurrir al sistema de concurso para aquellas plazas que hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016.

Se respetan, en términos generales, las exigencias del art. 61.3 EBEP, que es muy claro al respecto al establecer que los procesos selectivos que, incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes, sólo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo. Las pautas a respetar son, pues, las dos siguientes: diseñar un baremo de méritos relacionado con la función a desempeñar y no establecer tales los servicios previos como condición excluyente sino de modo proporcional (STC 707/2003, de 2 de junio).

En este contexto, se plantea en el presente caso si una cláusula de la convocatoria de estabilización puede vulnerar el principio de igualdad y no discriminación al establecer la aplicación de la regla de proporcionalidad a la hora de valorar los servicios prestados, distinguiendo si se ha hecho a tiempo completo o se ha realizado a tiempo parcial.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 626/2024, de 20 de septiembre.

Tipo y número recurso: recurso contencioso-administrativo núm. 195/2023.

ECLI:ES:TSJGAL:2024:6038

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Amalia Bolaño Piñeiro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Varias personas recurrentes plantean recurso contra la Resolución de 22 de diciembre de 2022 del Conselleiro de Hacienda y Administración Pública de la Xunta de Galicia (DOG núm. 244, de 26 de diciembre de 2022), por la que se convoca un proceso selectivo extraordinario de estabilización derivado de la Ley 20/2021, de 28 de

diciembre, por el turno de acceso libre y mediante el sistema de concurso, para el ingreso en el cuerpo administrativo de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia; en el cuerpo de ayudantes de carácter facultativo de Administración especial de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, subgrupo C1; en el cuerpo de técnicos de carácter facultativo de administración especial de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, subgrupo B; y en las categorías 3, 12, 15, 34, 36, 37, 43, 52, 54, 54B, 66, 71, 94, 98, 100, 101, 103, 104 del grupo III de personal laboral de la Xunta de Galicia y personal laboral propio del Cixtec (grupo III).

Los hechos de los que deriva tal impugnación pueden resumirse en los siguientes:

1.- En virtud del Decreto 79/2022, de 25 de mayo, se aprobó la oferta de empleo público extraordinaria de plazas de personal funcionario y laboral de la Administración General y de las entidades instrumentales del sector público autonómico de la Comunidad Autónoma de Galicia, correspondiente al proceso de estabilización derivado de la Ley 20/2021, y de plazas de personal laboral objeto de funcionarización, de conformidad con la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia (LEPG) (DOG núm. 102, de 30 de mayo).

2.-La Administración dictó la Resolución de 22 de diciembre de 2022 por la que se convoca el proceso selectivo extraordinario de estabilización derivado de la mencionada Ley 20/2021 por el turno de acceso libre y mediante el sistema de concurso, incluyendo las plazas anteriormente indicadas.

3.-La citada Resolución establece el siguiente baremo: "I. Normas generales..., III. Proceso selectivo. Fase de concurso. III.1.1. Experiencia profesional, un máximo de setenta (70) puntos. a) Experiencia profesional acreditada en la Administración convocante, en la propia escala o categoría profesional a la que se opta o en la escala o categoría profesional equivalente, a razón de 0,30 puntos por mes trabajado con vinculación temporal hasta un máximo de 70 puntos. Se entiende por Administración convocante, a los efectos de esta convocatoria, la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y demás entidades que figuran en el anexo V de esta convocatoria, y de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional primera del Decreto 79/2022, de 25 de mayo..., b) Experiencia profesional acreditada en cualquier otra Administración distinta de la Administración convocante, en la propia escala o categoría profesional a la que se opta o en la escala o categoría profesional equivalente, siempre que se incluya dentro del mismo grupo de titulación, la razón de 0,125 puntos por mes trabajado con vinculación temporal hasta un máximo de 70 puntos. A estos efectos, y en los supuestos a) y b), se considerarán servicios efectivos los prestados en la situación de servicios especiales y de excedencia para el cuidado de hijas/os y familiares (artículos 168 y 176 de la LEPG), la excedencia por razón de violencia de género de conformidad con lo establecido en el artículo 177 de la LEPG y la excedencia por razón de violencia terrorista (artículo 177.bis de la LEPG). Se calculará el número total de días correspondientes a los distintos nombramientos computables y se dividirá el resultado entre treinta (30). El cociente entero, desplegando los decimales, se multiplicará por 0,30 puntos o por 0,125 puntos, según corresponda. Los servicios efectivos prestados en jornadas inferiores a la completa se valorarán proporcionalmente...,".

4.- La parte recurrente manifiesta su disconformidad en relación con la última cláusula incluida en el 4.º párrafo de la cláusula III.1.1. b) ("los servicios efectivos prestados en jornadas inferiores a la completa se valorarán proporcionalmente").

IV. Posición de las partes

La parte recurrente solicita la nulidad o, en su defecto, la anulabilidad de la Resolución de convocatoria del proceso de estabilización de 22 de diciembre de 2022. En todo caso, se pide que se declare que los servicios prestados en jornada inferior a la completa sean valorados como servicios a jornada completa, obligando a la

Administración demandada a pasar por tal declaración. Todo ello con expresa imposición de costas por vencimiento objetivo.

Como argumentación principal la parte recurrente señala la incorrección de aquellas “previsiones que bajo la apariencia de neutralidad esconden criterios de discriminación indirecta por razón de sexo/género contraria a la efectividad del artículo 14 CE en relación al 23.2 CE al establecer diferente valoración para las jornadas a tiempo parcial y las jornadas a tiempo completo”. Considera que debe “establecerse expresamente que los servicios prestados en jornadas inferiores a la completa se valorarán de la misma manera que los servicios prestados en jornadas completas, como hecho de la masiva feminización de los contratos a tiempo parcial, al impedir la actual ponderación el acceso al empleo público en condiciones de igualdad de las trabajadoras”.

Añade la parte recurrente que este derecho se reitera en los artículos 4.2. c) y 17 del Estatuto de los Trabajadores, en virtud de los cuales las personas trabajadoras tienen derecho a no ser discriminados en el empleo directa o indirectamente, siendo nula cualquier decisión del empresario en el empleo que dé lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta. Además, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, prevé en su artículo 2 que “las obligaciones establecidas en la presente Ley serán de aplicación al sector público”, de manera que el principio antidiscriminatorio se aplica ex art. 3 en materia de “acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el empleo público”.

Como apoyo de tal razonamiento, la parte recurrente trae a colación que tanto el Tribunal de Justicia de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia 385/2011 (caso Elbal Moreno), como el Tribunal Constitucional en la sentencia 61/2013, del 14 de marzo, partiendo de la premisa de que los trabajadores a tiempo parcial son en su inmensa mayoría mujeres, concluyen que el mayor periodo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo completo, incluso con el factor de corrección del 1'5, para acceder a una prestación que ya es además más reducida en función de la base de cotización, es una medida discriminatoria indirecta.

En suma, entiende la parte recurrente que, en la medida en que la cláusula impugnada resulta contraria a la efectividad del artículo 14 CE en relación con el 23.2 CE, y al contenido efectivo de la Ley 15/2022, procede la declaración de nulidad, pues de conformidad a los artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, el acto administrativo impugnado lesiona derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, resulta contrario al ordenamiento jurídico y la vulneración de la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior. En su caso, la parte recurrente considera que, subsidiariamente, se debe determinar la anulabilidad, estableciendo como alternativa de subsanación la redacción siguiente para la cláusula debatida: los servicios prestados durante una jornada inferior a la completa serán valorados como servicios prestados en régimen de jornada completa.

Por otro lado, la Administración convocante solicita que se dicte sentencia por la que se rechace la demanda y se impongán las costas a la parte contraria. Considera, en contra de lo sostenido por la parte actora, que “la cláusula aludida no establece un trato discriminatorio entre los aspirantes, ya que la situación no es la misma y no se puede hablar de un trato diferente ante situaciones no idénticas”. Considera que “está plenamente justificado un trato diferenciado entre el personal a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial”, pues no cabe olvidar que “estamos ante un proceso selectivo y que, en concreto, la base cuestionada se refiere a la valoración de la experiencia profesional y, obviamente, el tiempo de prestación de servicio y las jornadas de trabajo influyen en la experiencia del personal”. Para ejemplificar esta conclusión, la Administración señala que “basta con pensar en el tiempo de servicios que en un año realiza un trabajador a tiempo completo y contraponerlo al tiempo de trabajo del personal a tiempo parcial..., (de manera que) la situación no es la misma”, máxime cuando “de acuerdo con los principios de mérito y capacidad consagrados en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, no puede caerse en el paternalismo de valorar por igual a aquel trabajador que presta una jornada de 37 horas y media

semanales y 1665 horas anuales, que aquel que presta servicios por menos horas”. Añade la Administración que “entendiendo que la demanda de la parte actora trata de ajustar las bases a su situación particular y a sus subjetivos intereses..., no puede acogerse la alegación de vulneración del derecho de igualdad en el acceso al empleo público, pues la cláusula de proporcionalidad incluida para valorar la experiencia acreditada en contratos de trabajo a tiempo parcial, resulta justificada, siendo lo desigual que se tratase de igual manera dos vinculaciones distintas, a tiempo parcial y a tiempo completo, cuando resulta obvio que tratándose de ponderar la experiencia profesional, en mayor medida se adquiere por quien más tiempo de servicio presta”. Indica, a la postre, que la argumentación de la parte actora no es sino demagógica e incierta, pues la convocatoria se formula en abstracto, como no podría ser de otro modo, añadiendo que “la Administración desconoce el número de contratos a jornada parcial firmados por mujeres u hombres a la hora de confeccionar las bases. Lo que establece es un criterio de mérito y capacidad, de modo que el personal con jornada completa, entre el cual se encuentran también buena parte de las mujeres, obtenga una valoración proporcional y justa de los servicios prestados. Se trata por lo tanto de una razón objetiva la que reside en la base impugnada y que, por lo tanto, impide apreciar cualquier indicio de discriminación”.

V. Normativa aplicable al caso

Varios preceptos concurren en el supuesto enjuiciado:

--Artículo 23.2 CE, conforme al cual “los ciudadanos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

--Artículo 103.3 CE, en virtud del cual “la ley regulará... el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”.

--Artículo 2.4 Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, que señala que “la articulación de estos procesos selectivos” de estabilización “en todo caso, garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad”.

--Artículo 2.4 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, a cuyo tenor “las obligaciones establecidas en la presente ley serán de aplicación al sector público”.

--Artículo 3 b) Ley 15/2022, que expresamente incluye dentro de su ámbito de aplicación lo relativo al “acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el empleo público”.

VI. Doctrina básica

Los procesos selectivos de acceso al empleo público se rigen por los principios de mérito y capacidad, resultando claro que superior mérito tendrán los contratos de mayor duración, toda vez que se han prestado servicios durante más tiempo. Lo contrario, igualar, en procedimientos celebrados en concurrencia competitiva, todas las prestaciones de servicios con independencia de su duración (a tiempo completo o a tiempo parcial) sí implicaría una indeseada vulneración del principio de igualdad. La aplicación del principio de proporcionalidad determina, por tanto, una valoración justa de los servicios prestados, máxime cuando las bases de la convocatoria son iguales para todos los aspirantes, con independencia de su género, de manera que la formulación del mencionado principio *pro rata temporis* no implica ninguna discriminación indeseada ni directa ni indirecta.

VII. Parte dispositiva

La aplicación del principio de proporcionalidad a la hora de cuantificar los servicios prestados en un procedimiento de estabilización celebrados en concurrencia competitiva viene amparada por los principios de mérito y capacidad, sin que implique

ninguna discriminación indeseada ni directa ni indirecta. Al haberse desestimado el recurso interpuesto, procede la imposición de costas a la parte recurrente con un límite de 1500 euros comprensivo de los gastos de representación y defensa de la Administración demandada.

VIII. Pasajes decisivos

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia recuerda, en primer lugar, que una cuestión igual a la planteada en este procedimiento ha sido ya resuelta anteriormente por dicha Sala en las Sentencias de 7 de febrero de 2024 (procedimiento ordinario 51/2023) y de 3 de febrero de 2010 (rec. 212/2009), con la siguiente argumentación reproducida en el fundamento jurídico tercero, a saber:

El Tribunal Superior de Justicia recuerda que la parte recurrente sostiene la consideración del trato discriminatorio y la procedencia de que se le compute el tiempo de relación laboral total, como si fuese a jornada completa, sobre dos pilares: de un lado, aquellos pronunciamientos judiciales que igualaron al trabajador a tiempo parcial a los efectos de cotización a la Seguridad Social para prestaciones, en los que se llega a la conclusión de tomar en cuenta el tiempo de vinculación con independencia de que la jornada fuera a tiempo parcial y no completo; de otro, la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de noviembre de 2019, donde se ha considerado que ha de tenerse en cuenta la duración de toda la relación laboral y no únicamente el tiempo de prestación efectiva de servicios en relación al cálculo de los trienios de los trabajadores fijos discontinuos de la AEAT.

Sin embargo, pese a estas alegaciones, el Tribunal entiende que no procede atender estas argumentaciones, pues los pronunciamientos citados se refieren a supuestos diferentes a lo aquí debatido, que se dirige, no a la consecución de determinados derechos individuales del trabajador, sino a la impugnación de una base de convocatoria de proceso selectivo, en concurrencia competitiva, en la que en concreto se puntúa el mérito relativo a la experiencia profesional acreditada por unos y otros aspirantes. En este marco, la regla de proporcionalidad incluida en la base para valorar los servicios prestados a jornada completa no introduce un criterio de discriminación ni afecta al principio de igualdad sin justificación objetiva, pues resulta evidente que la experiencia adquirida no es igual según se trabaje más o menos horas, ya que aunque la vinculación laboral de los trabajadores a tiempo parcial con la Administración en un determinado período temporal dure lo mismo que la de los trabajadores a tiempo completo, "la experiencia adquirida, computándola cuantitativamente en horas de servicio es superior en quien presta más horas, esto es quien trabaja a tiempo completo, frente a quien lo hace en jornada parcial, (de manera que) es lógico el trato diferente a quien en el mes trabajado ha desempeñado menor número de horas, en cuanto más acomodado a los principios de mérito y capacidad de los aspirantes, que se recogen en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución ...". Por tanto, "no puede acogerse la alegación de vulneración del derecho de igualdad en el acceso al empleo público, pues la cláusula de proporcionalidad incluida para valorar la experiencia acreditada en contratos de trabajo a tiempo parcial, resulta justificada, siendo lo desigual que se tratase de igual manera dos vinculaciones distintas, a tiempo parcial y a tiempo completo, cuando resulta obvio que tratándose de ponderar la experiencia profesional, en mayor medida se adquiere por quien más tiempo de servicio presta".

En consecuencia, si la cláusula que en este proceso selectivo otorga una mayor puntuación a los contratos que han durado más horas se debe a una mayor prestación de servicios derivada de aplicación del principio de proporcionalidad, no puede considerarse que esa cláusula vulnere el principio de igualdad, ni que incurra en causa de nulidad ni de anulabilidad. Ello es así toda vez que los procesos selectivos se rigen por los principios de mérito y capacidad, resultando claro que mayor mérito tendrán los contratos de mayor duración, toda vez que se han prestado servicios durante más tiempo. Lo contrario, igualar todas las prestaciones de servicios con independencia de su duración sí implicaría una indeseada vulneración del principio de igualdad. La

aplicación del principio de proporcionalidad, expresamente establecida en la cláusula impugnada, determina una valoración justa de los servicios prestados.

Seguidamente, el Tribunal entra a valorar también la alegación de la parte recurrente referida a la violación del principio de no discriminación y de igualdad por razón de sexo/género provocada por la aplicación de la regla de proporcionalidad, pues es más habitual que las mujeres en general presten servicios a jornada no completa. A estos efectos, el Tribunal considera que no pueden compartirse tales conclusiones porque la “Administración al dictar las bases que regulan este proceso selectivo, lo hace formulando unas bases generales, aplicables a todos los aspirantes, sin que esa formulación implique ninguna discriminación indeseada”. Reitera, de nuevo, que son los principios de mérito y capacidad los que rigen los procesos selectivos asociados a procedimientos en concurrencia competitiva, sin que aquí se esté dilucidando la valoración del tiempo de servicios a efectos de cotización, sino que se está valorando el mérito y capacidad, con unas bases iguales para todos los aspirantes, con independencia de su género. La formulación del principio de proporcionalidad no implica, por ende, ninguna discriminación indeseada ni directa ni indirecta.

IX. Comentario

Ciertamente los principios de igualdad, mérito y capacidad constituyen los parámetros fundamentales que pautan el acceso al empleo público, tal y como se deduce de lo dispuesto en el artículo 14 de la CE referido al *“principio de igualdad en el acceso al empleo público”* y más específicamente en los artículos 23.2 (*“asimismo (los ciudadanos) tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”*) y 103.3 de la CE (*“la ley regulará ... el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”*).

Bajo tales premisas, cuando la Administración requiera la incorporación o estabilización de efectivos, los principios de mérito y capacidad se convierten en parámetros objetivos ineludibles (dado lo categórico de la formulación constitucional) para realizar el reclutamiento, previo diseño de unas reglas abstractas de procedimiento, carentes de referencias individuales y concretas. En la medida en que todos los ciudadanos son iguales ante la ley y en su aplicación, los poderes públicos no pueden expresar preferencias discriminatorias o fundadas en razones meramente subjetivas de unos sobre otros. La igualdad referida en el artículo 23.2 CE otorga el derecho a participar, concediendo un derecho subjetivo de carácter fundamental y contenido específico, que debe ser traducido en la exigencia de unas condiciones objetivas iguales para que todos los ciudadanos puedan acceder a la cualidad de empleado público, llevando a excluir o admitir determinadas exigencias a acreditar por los candidatos en virtud de su conexión con las tareas a realizar y remitiendo a la Ley su concreción que no puede amparar condicionantes subjetivos o desproporcionados con el fin último de garantizar que los elegidos sean los candidatos más capacitados y meritorios.

Así, el EBEP, en el art. 55.1, reitera el derecho de “todos los ciudadanos” a acceder al empleo público “de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad”, añadiendo en el art. 55.2, que las Entidades Públicas “seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación: a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases; b) Transparencia. c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección. d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección. e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar. f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

Por su parte, la Ley 20/2021, reguladora de los procedimientos de estabilización, también recoge expresamente la aplicación de estos principios, pues en su art. 2.4 sienta con total claridad que en dichos procesos se “garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad”, debiendo

tener en cuenta en el baremo de méritos de la convocatoria “la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente”.

A estos efectos, procede tener en cuenta que la prohibición de discriminación de los trabajadores a tiempo parcial formulada en el Acuerdo Marco, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81, “no es sino la expresión específica del principio general de igualdad, que está incluido entre los principios fundamentales del Derecho de la Unión^[1]. Expresa, por tanto, “un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva”^[2], oponiéndose, “por lo que respecta a las condiciones de empleo, a que se trate a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”^[3]. El Tribunal de Justicia ha entendido que el tratamiento diferenciado fundado en “razones objetivas” solo es posible “en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto”, de manera que “tales elementos pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos a tiempo parcial y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro”^[4].

En el presente caso, el Tribunal de Justicia de Galicia justifica el diferente trato por la aplicación de los principios de mérito y capacidad, dentro de un proceso de estabilización celebrado en concurrencia competitiva, con el consecuente otorgamiento de mayor puntuación a quienes han prestado servicios previos durante más horas.

Ahora bien, llegados a este punto, convendría haber dado un paso más para tener en cuenta que las estadísticas demuestran de forma clara que el porcentaje de mujeres que trabajan a tiempo parcial es muy superior al de hombres, al igual que lo es el de mujeres que reducen su jornada para atender al cuidado de familiares. Procede atender, así, a la salvaguarda de la prohibición de discriminación por razón de sexo que ha llevado al Tribunal Constitucional a establecer que la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la femina que la sufre, que ve limitados, en el ámbito laboral y de la protección social si se trata de una trabajadora (empleadas públicas, in casu), sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1). En consecuencia, se incurre en la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo, lesiva del art. 14 CE, cuando se acredite que el factor prohibido representó la causa de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio^[5]. Precisamente, se está ante una discriminación indirecta, concebida como “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ponen a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”, cuando concurren dos presupuestos: los datos estadísticos disponibles muestran que el porcentaje de mujeres afectadas es considerablemente superior al de los hombres, sin que dicha realidad esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo^[6].

La formulación genérica y aparentemente neutra de la mayor valoración de los trabajos prestados a tiempo completo frente a los realizados a tiempo parcial puede conllevar un tratamiento discriminatorio para las mujeres, pues se podrán ver perjudicadas en sus expectativas profesionales de estabilización, ámbito al que se aplica la Ley 15/2022 por expreso mandato de su art. 3 b).

A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 17 de diciembre de 2020 (núm. 1768/2020) ha señalado que el tiempo de permanencia de la funcionaria en la situación de excedencia por cuidado de hijos/familiares debe entenderse como asimilado a la situación de servicio activo, y desplegar los efectos oportunos en la valoración de los méritos generales para el ascenso. También puede traerse a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 2020, que reputa discriminatoria la aplicación del principio de proporcionalidad en las reducciones de jornada por cuidado de hijo, pues es capaz de provocar que la realización de guardias médicas vaya acompañada de un consecuente menor tiempo de descanso retribuido computable como de trabajo.

X. Apunte final

Uno de los principios basilares sobre los que se asienta el Acuerdo Marco europeo sobre trabajo a tiempo parcial es el de no discriminación –desarrollado en su cláusula 4ª–, de manera que “no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial”. Dicho en otros términos, las personas trabajadoras a tiempo parcial tendrán el mismo catálogo de derechos que las personas trabajadoras a tiempo completo y podrán ejercitar tales derechos en las mismas condiciones y circunstancias. Sin embargo, esta aseveración no se trata de un postulado de carácter absoluto sino que, de un lado, admite excepciones justificadas “por razones objetivas”; y, de otro, permite la aplicación de la regla “*pro rata temporis* cuando resulte adecuado” (cláusula 4.ª, apartados 1 y 2).

Ciertamente, como señala la sentencia comentada, en un proceso de estabilización, celebrado en concurrencia competitiva, la aplicación de los principios de mérito y capacidad justifica de forma razonable y objetiva que se otorgue una mayor valoración cuantitativa a quienes han prestado servicios a tiempo completo frente a quienes han prestado servicios a tiempo parcial. Ahora bien, teniendo en cuenta que las estadísticas demuestran que las mujeres prestan servicios a tiempo parcial en un porcentaje muy superior al de los hombres, al igual que son mayoritariamente las mujeres quienes utilizan las fórmulas de reducción de jornada para el cuidado de familiares, debería de haberse considerado que la aplicación del principio de proporcionalidad recogido en el baremo de méritos, pese a su diseño aparentemente genérico y neutro, puede provocar perjuicios en las expectativas profesionales de las mujeres a la hora de optar a una plaza en el sector público.

Referencias:

1. ^ STJUE de 5 de mayo de 2022, asunto *Universiteit Antwerpen y otros*, C-265/20.
2. ^ STJUE de 7 de julio de 2022, asunto *Zone de secours Hainaut-Centre*, C-377/21
3. ^ STJUE de 5 de mayo de 2022, asunto *Universiteit Antwerpen y otros*, C-265/20.
4. ^ STJUE de 22 de abril de 2010, asunto *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, C-486/08.
5. ^ CASAS BAAMONDE, M.E.: “Igualdad, conciliación de la vida personal, familiar y laboral y Seguridad Social”, en AA.VV(MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., Dirs.): *Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación. La Seguridad Social*

a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras, Granada (Comares), 2008, pág. 999.

6. [^] STJCE C-167/1997, de 9 de febrero, de 1999, asunto *Seymour Smith y Pérez*.

§ 91 Audiencia previa e indemnización por despido: noticia de dos sentencias.

Antonio V. Sempere Navarro

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

Resumen: Al cierre de este número de la RJL, que es también el último del año, se han conocido dos importantes sentencias dictadas por el Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Sin perjuicio de su posterior comentario, parece razonable que nuestra Revista se haga eco de ellas. Por un lado, la STS 1250/2024, de 18 noviembre, concluye que el empleador debe ofrecer al trabajador la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, antes de adoptar la extinción del contrato de trabajo por despido disciplinario. Esa decisión se basa en la necesidad de aplicar, de forma directa, el art. 7 del Convenio núm. 158 de la OIT de 1982 (vigente en España desde 1986). Por otra parte, la STS 1350/2024, de 19 diciembre, entiende que la indemnización por despido improcedente establecida en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores (ET) no puede verse incrementada en vía judicial con otras cuantías que atiendan a las circunstancias concretas del caso, sin que ello suponga una vulneración del art. 10 del Convenio núm. 158 de la OIT, en el que tan solo se indica que la indemnización sea adecuada.

Palabras clave: Control de convencionalidad. Convenio 158 OIT. Audiencia previa. Despido disciplinario, Despido improcedente. Indemnización tasada. Compensación adecuada.

Abstract: At the close of this issue of the RJL, which is also the last of the year, two important judgments have been handed down by the Plenary of the Fourth Chamber of the Supreme Court. Without prejudice to your subsequent commentary, it seems reasonable that our Journal should echo them. On the one hand, STS 1250/2024 of 18 November concludes that the employer must offer the worker the possibility of defending himself against the charges made against him, before adopting the termination of the employment contract due to disciplinary dismissal. This decision is based on the need to directly apply Article 7 of ILO Convention No. 158 of 1982 (in force in Spain since 1986). On the other hand, STS 1350/2024 of 19 December understands that the compensation for unfair dismissal established in article 56 of the Workers' Statute (SW) cannot be increased in court with other amounts that take into account the specific circumstances of the case, without this entailing a violation of art. 10 of ILO Convention No. 158, in which it is only indicated that the compensation is adequate.

Keywords: Conventionality control. ILO Convention 158. Preliminary hearing. Disciplinary dismissal, Unfair dismissal. Assessed compensation. Adequate compensation.

I. Identificación de las resoluciones judiciales comentadas

Tipo de resolución judicial: sentencia^[1].

Órgano judicial: Sala Cuarta del Tribunal Supremo (Pleno).

Número de las resoluciones judiciales y fecha: sentencia núm. 1250/2024, de 18 de noviembre, y sentencia núm. 1350/2024, de 19 de diciembre.

Tipo y número de recurso: RCUD núm. 4735/2023 y núm. 2961/2023.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

ECLI:ES:TS:2024:5454 /

ECLI:ES:TS:2024:6112

Votos Particulares: carece.

Ministerio Fiscal: favorable al recurso en ambos casos.

Sentido del fallo: estimatorio en ambos casos.

II. Problemas suscitados. Hechos y antecedentes

1. Sentencia sobre la audiencia previa al despido

Aunque estamos ante un despido disciplinario, a los efectos de la STS 1250/2024 es totalmente irrelevante que las conductas de los trabajadores sean distintas ya que lo decisivo es que estemos ante un despido disciplinario en el que el trabajador no ha sido oído previamente a la adopción de la medida extintiva de despido que adoptó su empleador. Del mismo modo, resulta irrelevante que entre las pretensiones del trabajador estuviera en la sentencia de contraste la de nulidad del despido ya que esa calificación era la que, en el art. 55.3 del ET 1980 y art. 102, párrafo segundo de la Ley de Procedimiento Laboral 1980 se establecía para el incumplimiento de los requisitos formales del entonces vigente art. 55.1 del ET. Esto es, se trata de dilucidar si el requisito formal de audiencia previa del trabajador es exigible en nuestro derecho interno, sin perjuicio de que una vez dada respuesta a ese debate se pueda analizar o no la cuestión relativa a si tal requisito se ha cumplido en el caso que nos ocupa y las consecuencias jurídicas que podrían acarrear tal incumplimiento.

2. Sentencia sobre indemnización tasada

Se discute si, declarado judicialmente el despido como improcedente, el órgano judicial puede reconocer una indemnización adicional y distinta a la establecida en el art. 56 ET, en atención a las disposiciones del Convenio núm. 158 OIT.

La sentencia recurrida ha reconocido una indemnización superior a la legalmente establecida en casos de despidos improcedentes, lo que ha sido rechazado en la sentencia de contraste, atendido, al menos, a un mismo fundamento, que se ubica en el Convenio 158 de la OIT, lo que sería suficiente para entender que sus pronunciamientos son contradictorios.

III. Posición de las partes

En ambos litigios las posiciones de las partes se corresponden con el tenor de las doctrinas propuestas.

IV. Normativa aplicable al caso

1. Preceptos comunes

A) Conforme al artículo 96.1 CE *Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.*

B) El artículo 23 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales dispone que *Los tratados internacionales válidamente celebrados se publicarán íntegramente en el «Boletín Oficial del Estado».* Dicha publicación habrá de producirse al tiempo de la entrada en vigor del tratado para España o antes, si se conociera fehacientemente la fecha de su entrada en vigor (apartado 1). Asimismo insiste en la idea de que *los tratados internacionales formarán parte del ordenamiento jurídico interno una vez publicados en el «Boletín Oficial del Estado»* (apartado 3).

C) El Convenio núm. 158 de la OIT, en su artículo 1º dispone que *"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"*. Iguales términos se recogen en el párrafo 1 de la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166), con el valor orientativo que se le otorga, al aportar criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios.

2. Sentencia sobre la audiencia previa al despido

Conforme al artículo 7º *No deberá darse por terminada la relación 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.*

3. Sentencia sobre indemnización tasada

El art. 10 del citado Convenio, dispone que *"Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada"*.

El art. 8, al regular "el recurso contra la terminación" del contrato de trabajo y en relación con la identificación del organismo que debe solventar el recurso, señala que *"El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro. Si una autoridad competente ha autorizado la terminación, la aplicación del párrafo 1 del presente artículo podrá variar de conformidad con la legislación y la práctica nacionales"*.

El artículo 56.1 ET dispone que *Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.*

V. Doctrina básica.

1. Sentencia sobre la audiencia previa al despido

A) Aplicabilidad directa del artículo 7º del Convenio 58 OIT

Procede su aplicación directa al ser una disposición que debe calificarse de completa o aplicable en forma automática, sin precisar de normas de ejecución que deban dictarse por España ya que está suficiente y debidamente concretados sus términos.

El requisito que establece es muy concreto y de alcance general, ya que, atendiendo a su contenido y la propia finalidad que con su texto se persigue, se extiende a toda situación en la que el empresario pretenda imponer al trabajador la extinción del contrato de trabajo por despido disciplinario, por lo que no precisa de mayor desarrollo normativo para su cumplimiento ya que basta, simplemente, con permitir al trabajador que se defienda de los cargos sobre su conducta o trabajo. Por tanto, no se puede decir que tal disposición requiera de un desarrollo legislativo.

Estando ante un requisito exigible por norma incorporada a nuestro ordenamiento interno, debe ser aplicada sin que ello implique que estemos derogando norma interna alguna sino seleccionando el derecho aplicable, cumpliendo con ello la función jurisdiccional que a los jueces atribuye la CE, ex art. 117.3

B) Alcance del trámite establecido

El art. 7 está enmarcado en la Sección B, titulada "Procedimientos Previos a la Terminación o en Ocasión de ésta". Lo que se introduce es un principio básico, una medida de equidad, al incluir, junto a las disposiciones relativas al recurso frente a la decisión de despido, un claro mecanismo previo, que ha de activarse antes o con ocasión del despido. Su finalidad es que el trabajador sea escuchado sobre los hechos por el empleador antes de que éste pueda adoptar decisiones definitivas al respecto que, con ese conocimiento, a lo mejor no hubiera tomado.

Precisamente por esa finalidad, el art. 7 del Convenio no dice nada más, ni exige nada especial en orden a la forma de articular ese dialogo o audiencia del trabajador de manera que, aunque se pudiera entender que está introduciendo un criterio flexible para los Estados puedan perfilar una concreta forma de hacer efectiva esa disposición, no impide que, como requisito mínimo y suficiente, baste con que se le dé oportunidad al trabajador de ser oído, lo que no requiere de mayor precisión.

C) Supuestos de inexigibilidad

Para la extinción de la relación laboral por despido disciplinario es exigible la audiencia previa del trabajador, pero ese requisito va acompañado de una excepción ("a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad") por lo que también debe ser examinada. Aquí nos encontramos con el criterio de razonabilidad de la negativa empresarial a dar la audiencia que, como excepción que es, vendrá determinada por las concretas circunstancias que rodeen cada caso y que permitan justificar que el empleador no podía o tenía que conceder esa posibilidad que no es lo mismo que eludirla.

Al despido enjuiciado le resulta aplicable tal excepción, pues ni el legislador ni la jurisprudencia habían entendido que el artículo 7º fuera directamente aplicable. Con esta importante advertencia, sin duda válida para los despidos acaecidos antes de que se publique la presente sentencia, no estamos alterando la doctrina en relación con el alcance del cambio de jurisprudencia, estableciendo cánones de irretroactividad, propio de las leyes, sino, simplemente, aplicando la excepción de la propia norma objeto de análisis, que permite valorar la razón por la que el empleador no ha dado audiencia previa.

2. Sentencia sobre indemnización tasada

La sentencia subraya que por la fecha en la que se ha producido el despido examinado, no puede entrar a conocer sobre el alcance del art. 24 de la Carta Social Europea (revisada), que fue publicada en el BOE de 11 de junio de 2021.

El artículo 10 del Convenio 158 OIT dispone que ante despidos injustificados, si no es posible la readmisión del trabajador, los órganos que resuelven sobre el despido deberían "ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada". El artículo 56 ET establece que el despido improcedente, con carácter general, comporta la readmisión o el pago de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los

periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

La sentencia considera ambas previsiones compatibles. En nuestro Derecho interno ni existe práctica nacional ni la legislación ha establecido una indemnización libre para compensar la pérdida injustificada del empleo, cuando es una ya tasada que, respetando el art. 10 del Convenio, ha venido ofreciendo seguridad jurídica y uniformidad para todos los trabajadores que, ante la pérdida del mismo empleo, son reparados en iguales términos, sin necesidad de tener que acreditar los concretos daños y perjuicios sufridos. Las razones de ello son las siguientes:

1ª) Doctrina constitucional. La doctrina constitucional ha manifestado que la indemnización tasada que nuestra legislación ha establecido es una indemnización adecuada.

2ª) Sistema indemnizatorio específico. La propia jurisprudencia del TS viene explicando que el sistema indemnizatorio frente al despido disciplinario es distinto al civil: no es necesario acreditar los daños y perjuicios, sino que se presumen y cuantifican de manera uniforme por el legislador.

3ª) Conceptos genéricos del artículo 10 del Convenio 158 OIT. El artículo 10 (a diferencia de lo que sucedía con el artículo 7º, sobre defensa previa al despido) utiliza conceptos genéricos, que impiden su aplicación directa a cada caso. El art. 56 del ET no se opone al art. 10 del Convenio núm. 158 de la OIT ni a la Recomendación 166 que lo complementa.

4ª) Parámetros habituales. Cuando establece parámetros para calcular indemnizaciones por terminación contractual, el propio Convenio de la OIT (artículo 12) se refiere al salario y a la antigüedad, en línea con el artículo 56 ET.

5ª) Compatibilidad con otras reparaciones. Aquí no se están cuestionando otras reparaciones distintas, fijadas para otras situaciones o calificaciones de despido ni, por supuesto las que los convenios u otros pactos colectivos o individuales puedan mejorar la legalmente establecida.

6ª) Seguridad jurídica y uniformidad. La fórmula legal de nuestro Derecho ha venido ofreciendo seguridad jurídica y uniformidad para todos los trabajadores que, ante la pérdida del mismo empleo, son reparados en iguales términos.

VI. Parte dispositiva

1. Sentencia sobre la audiencia previa al despido

Dejando al margen los pronunciamientos accesorios^[2], la STS 1250/2024 estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad empleadora, casando parcialmente la sentencia recurrida.

Ello, porque declara la nulidad de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social con devolución de las actuaciones a dicho Juzgado, para que dicte otra sentencia resolviendo la cuestión de fondo en los extremos indicados en esta resolución^[3].

2. Sentencia sobre indemnización tasada

Dejando al margen los pronunciamientos accesorios^[4], la STS 1350/2024 estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empleadora. Casa parcialmente la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, manteniendo la improcedencia de la extinción del contrato por causas objetivas, fijar como importe de la indemnización legal, en caso de opción por ella, el de 941,78 euros que se corresponde con la indemnización legal por despido improcedente.

VII. Pasajes decisivos

1. Sentencia sobre la audiencia previa al despido

A) Su conclusión principal es que (Fundamento Tercero.9)

para la extinción de la relación laboral por despido disciplinario, que es lo que aquí se está debatiendo, es exigible la audiencia previa del trabajador,

B) La STS 1250/2024 rectifica doctrina previa por los cambios habidos en nuestro ordenamiento durante todo este tiempo. Sin ánimo exhaustivo cabe recordar Fundamento Tercero.8):

a) La sentencia referencial es de 1988 y uno de los argumentos que hemos recogido viene dado por la Ley sobre Tratados Internacionales de 2014.

b) El control de convencionalidad, como resorte judicial para desplazar el tenor de la norma interna, solo desde hace media docena de años ha recibido carta de naturaleza.

c) La eliminación de los salarios de tramitación en caso de despido improcedente, sin readmisión, ha privado de virtualidad a las teorías sobre terminación del contrato solo cuando se dictaba el auto poniendo fin a la relación laboral.

d) En el mismo sentido hay que subrayar la eliminación del despido nulo por deficiencias formales.

e) La ausencia de una cláusula de mayor favorabilidad global de la regulación interna respecto de las garantías luce ahora con mayor relevancia.

C) *“No podía razonablemente pedirse al empleador que tuviera que conceder tal audiencia al trabajador en tanto que en el momento en que activó el despido [...] nuestra propia jurisprudencia venía manteniendo lo contrario [...] y que pacíficamente se ha venido manteniendo hasta la actualidad, generando un principio de seguridad jurídica en la materia que amparaba su modo de proceder, al no tomar en consideración lo que expresamente no se estaba exigiendo entonces y los beneficiados por ello ni tan siquiera venían demandando en vía judicial, permaneciendo dicho criterio pacífico en el tiempo hasta la actualidad.*

2. Sentencia sobre indemnización tasada

Su Fundamento Tercero rechaza que, por la vía del art. 10 del Convenio núm. 158 de la OIT, y en atención a lo dispuesto en el art. 56 del ET, se pueda fijar una indemnización por despido improcedente en cuantía superior a la en él establecida, por lo que debe ser rechazado el motivo del recurso de suplicación que la parte demandante formuló. Pues no es posible que el órgano judicial pueda fijar en sentencia una indemnización por despido improcedente, cuando ésta sea la opción que haya tomado el empresario o, en su caso, quien ostente ese derecho, en un importe que no sea el que resulte de lo que dispone el art. 56.1 ET.

El sistema de fijación de aquella indemnización como tasada, no es contrario a esa norma internacional ni se advierte que ello se encuentre excluido y que, por el contrario, solo permita indemnizaciones a fijar por el órgano judicial, en atención a las circunstancias concretas del trabajador o en virtud de otros parámetros diferentes a los que ha acudido, en nuestro caso, el legislador español y que precisamente el propio convenio sí que contempla para otras indemnizaciones, como la de fin del contrato.

VIII. Comentario

1. Aspectos comunes sobre disposiciones internacionales

De la mano de doctrina constitucional (STC 87/2019) y de la Ley de Tratados Internacionales se explica que:

- Quien se obliga internacionalmente es el Estado en sentido amplio, comunidades autónomas incluidas, o por decirlo en los términos de la Ley de tratados, el "Reino de España" (art. 8).
- Una vez publicados, forman parte del ordenamiento interno y vincula a particulares y poderes públicos, de forma que el Estado debe " respetar las obligaciones" asumidas por España en los tratados internacionales y "velar" por su adecuado cumplimiento (art. 29 de la Ley de tratados).
- Cuando del texto del tratado se desprenda que no es de aplicación directa sino que su aplicación precisa de la aprobación de disposiciones de Derecho interno (tratados non self-executing), uno y otras (Estado y comunidades autónomas) deben adoptar las medidas necesarias para su ejecución.." (STC 87/2019).

Por tanto, no todos los Convenios internacionales o sus disposiciones, aunque se integren en nuestro ordenamiento, son ejecutivos de forma que lo en ellos recogido sea directamente aplicable por los órganos judiciales, sin necesidad de un posterior desarrollo normativo interno que exprese la voluntad de nuestro legislador, pudiendo ocurrir que ciertas normas o alguna de sus disposiciones tan solo establezcan obligaciones para que los Estados que los suscriben tomen las medidas necesarias para su ejecución y adapten su ordenamiento jurídico.

2. Control de convencionalidad difuso

La doctrina constitucional (SSTC 102/2016, 140/2018, 87/2019 y 120/2021) explica que el control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de Derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. La facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales.

En aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto (*principio de prevalencia*).

3. Heterogeneidad interna del Convenio 158 OIT

Del artículo 1º del Convenio 158 OIT se desprende la flexibilidad que se ha otorgado a los Estados que lo han ratificado a la hora de dar cumplimiento con lo en él dispuesto ya que, junto a la legislación nacional, las citadas disposiciones pueden hacerse efectivas mediante convenios colectivos, reglamentos de empresa, laudos arbitrales, sentencias judiciales u otras formas conforme a la práctica nacional y que resulte apropiada según las condiciones nacionales.

Ahora bien, el que se impongan métodos de aplicación no implica, necesariamente, que todo el convenio sea de por sí un convenio programático que precise de un desarrollo porque, como se ha indicado anteriormente, es posible que determinadas disposiciones del mismo puedan ser suficientemente precisas y permitan otorgarles un efecto inmediato de forma que pueda claramente advertirse que si tal previsión no está reflejada en la legislación interna se estaría incumpliendo con ella, debiendo las sentencias judiciales hacer aplicación de las mismas.

De hecho, la STS 1350/2024 advierte que la doctrina fijada por la 1250/2024 respecto del artículo 7º *nada tiene que ver con el art. 10 que aquí analizamos.*

4. La jurisprudencia clásica sobre defensa previa al despido

Las SSTs de 4 de noviembre de 1987 y 8 de marzo de 1988, entre otras fijaron una doctrina distinta a la ahora acuñada. Conforme a aquella el Convenio 158 OIT no

es de aplicación directa, al exigir, que el legislador desarrolle lo en él previsto. el procedimiento adecuado que ofrezca al trabajador la garantía que postula. Recordemos sus argumentos:

El tema debe relacionarse con el artículo 1.º del Convenio y la naturaleza no directamente ejecutiva de sus normas, las cuales sólo por vía de excepción y de acuerdo con la práctica nacional, podrán ser aplicadas sin esa mediación normativa del Derecho interno.

Ni la práctica nacional, en este caso la propia delimitación constitucional de la función jurisdiccional, autoriza una acción judicial de desarrollo normativo de una disposición internacional, ni tal contenido admite en la actual situación del Ordenamiento español una aplicación directa.

Mientras este desarrollo legislativo tenga lugar, el trabajador que se encuentra en alguno de los supuestos que se contemplan en el precepto examinado, está garantizado con la exigencia establecida en el art. 55.1 ET y preceptos procesales (carta de despido, conciliación, juicio).

5. Especificidad del trámite de defensa previa

El trámite de previa defensa no puede confundirse con otros derechos que le corresponden al trabajador tras la extinción del contrato, como es la impugnación en vía judicial o el intento de conciliación preprocesal pues nada tienen que ver con la defensa que el trabajador pudiera hacer ante el empleador para refutar o desmentir lo imputado. Son momentos diferentes los de audiencia del trabajador previa a serle notificado el despido disciplinario y las acciones que con posterioridad se deban desarrollar en impugnación de la medida extintiva adoptada por el empresario. El que existan estas últimas no elimina la de la audiencia previa porque tanto unas como la otra están contempladas en el Convenio y no con carácter supletorio uno de la otra y su finalidad es distinta.

El trámite previo atiende a un esencial derecho de audiencia o defensa que, en el marco de la relación de trabajo y durante su vigencia, se presenta como un acto formal dentro del ejercicio legítimo del poder disciplinario del que es titular la empresa.

6. Queda imprejuizada la incidencia de la CSE (ratificada)

La STS 1350/2024 advierte que por la fecha en la que se ha producido el despido, no puede entrar a conocer del art. 24 de la Carta Social Europea (revisada). Dicha Carta fue ratificada por España el 29 de abril de 2021 (BOE de 11 de junio de 2021).

No procede su aplicación en este caso. Como se ha dicho anteriormente, dicho instrumento fue ratificado por España con posterioridad al momento en que se produjo el despido. Como indica la STS 270/2022, de 29 de marzo (rcud. 2142/2020) “dicho tratado no formaba parte del ordenamiento interno y ello vulneraría la seguridad jurídica garantizada por el art. 9.3 de la CE. El despido debe calificarse de conformidad con las normas jurídicas aplicables en la fecha de la extinción contractual”.

7. Alcance del artículo 10º del Convenio 158

La norma internacional indica es que si la legislación nacional no faculta al organismo que debe solventar el recurso contra la terminación del contrato de trabajo para acordar la readmisión del trabajador, cuando deje sin efecto la decisión empresarial extintiva, está facultado para sustituir la misma por una indemnización adecuada u otra reparación apropiada. Además, el término “indemnización adecuada” o “reparación apropiada”, no se identifica o concreta en términos o elementos concretos que deban ser atendidos a la hora de fijar un importe económico o de otro contenido. Esto es, se está imponiendo una protección frente a un despido injustificado sin precisar su contenido exacto lo que permite entender que la aplicación del citado precepto, en lo que a la indemnización económica u otra reparación se refiere queda condicionada a lo que la legislación interna desarrolle a tal efecto^[5].

Son las legislaciones internas la que pueden determinar la indemnización adecuada, y podrán hacer ese diseño con base en diferentes y variados factores, e incluso haciendo previsiones específicas frente a situaciones que comprometan especiales derechos.

8. *El sistema indemnizatorio del despido improcedente en España*

La indemnización legalmente prevista para el despido improcedente ofrece destacadas peculiaridades respecto de la establecida en Derecho común. Por un lado, su carácter objetivamente tasado: aunque es esencialmente reparadora -que no sancionadora-, no aspira a la "restitutio in integrum", sino que -en palabras de la STC 6/1984, de 24 de enero- se trata de una "*suma que ha de abonar el empresario al trabajador como consecuencia de despido sin causa legal, la cual cumple una función sustitutoria del resarcimiento de perjuicios, aunque no se calcula en función de los mismos*". Ello lleva a la lógica consecuencia de que tal montante se adeude por el empresario que ha adoptado la injustificada decisión, no sólo en los supuestos de resultar imposible la prestación -dar trabajo o prestar servicios- que la norma laboral expresamente contempla, sino también en aquellos otros casos en los que las particulares circunstancias del contrato o del propio trabajador hagan imposible la prestación de servicios y con ello la opción por la readmisión.

9. *Doctrina constitucional sobre el tema*

Enjuiciando las reformas de 2012, el ATC 43/2014, de 12 de febrero, concluyó que el legislador posee amplia libertad para regular la indemnización por despido improcedente y que tampoco esta fórmula legal se opone al Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, cuyo art. 10 —que, pese a la adicional referencia del órgano promotor al art. 12, es el aplicable a los supuestos de extinción contractual injustificada— se limita a disponer, entre otras posibilidades, el pago de "una indemnización adecuada", sin precisar los elementos de determinación.

IX. **Apunte final**

No parece que a la Sala Cuarta se le haya escapado la trascendencia de los temas abordados^[6]. Conocida su posición, es lógico que la atención se redirija hacia convenios colectivos y Ley, fuentes adecuadas para incidir sobre el particular.

Referencias:

1. ^ *De manera excepcional, esta colaboración se limita a reproducir, de modo ordenado, el contenido de ambas sentencias.*
2. ^ *Sin imposición de costas a la parte recurrente, acordando la devolución del depósito constituido para recurrir, dando a las consignaciones que se hayan podido constituir el destino legal.*
3. ^ *La sentencia recurrida había estimado el motivo primero del recurso de suplicación de la parte actora, apreciando defectos en la sentencia de instancia en orden a la motivación de la misma e insuficiencia de hechos probados que llevarían a su nulidad, y que quedaron firmes por no impugnados de contrario, lo que procede en este momento, es devolver las actuaciones al Juzgado de lo Social para que, atendiendo a lo que la sentencia de suplicación recoge en el fundamento jurídico segundo, dicte otra en la que resuelve la cuestión sobre los hechos imputados en la carta de despido*

4. [^] Sin imposición de costas a la parte recurrente, a la que se le devolverá el depósito constituido para recurrir, y el destino legal a la consignación que se haya podido efectuar.
5. [^] A título de ejemplo, cuando el art. 8 del citado convenio, señala que el ejercicio del derecho a recurrir contra la terminación de la relación de trabajo deberá serlo dentro de un plazo “razonable” después de su terminación, fue necesario que nuestro legislador concretara ese plazo, fijando un número concreto de días como plazo que calificó de caducidad, no pudiéndose cuestionar que el número de días que se ha impuesto en nuestra regulación no se acomode a lo indicado en esa disposición, precisamente, por su imprecisión y la necesidad de que la legislación interna la desarrolle.
6. [^] “La cuestión suscitada en el recurso ha tenido una muy diferente respuesta por parte de los órganos judiciales e incluso a nivel de la doctrina científica que se han posicionado a favor y en contra de que la indemnización por despido improcedente pueda ir más allá de la que el legislador español ha establecido. Igualmente, es notorio que esta materia está teniendo una repercusión que va más allá de ese entorno jurídico. La relevancia del debate es evidente y ahora corresponde a este Tribunal solventar esa discrepancia existente entre los órganos judiciales, pero en el marco legal que resulta aplicable al caso”.

§ 92 **Prestación de servicios y cesión de trabajadores: concepto de empresa de trabajo temporal en el derecho de la Unión.**

Pilar Rivas Vallejo

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

Resumen: *El concepto de empresa de trabajo temporal abarca a aquellas empresas que actúen como tales, aun cuando no cuenten con autorización administrativa para ello.*

Palabras clave: *Discriminación. Despido. Empresa de trabajo temporal. Maternidad.*

Abstract: *The concept of temporary employment agency includes those companies that act as such, even when they do not have administrative authorization to do so.*

Keywords: *Discrimination. Dismissal. Temporary employment agency. Maternity.*

I. Introducción

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) resuelve la petición de decisión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en relación con la interpretación de los arts.3.1 y 5.1 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, así como de los arts. 2.2, y 15 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006.

El litigio de origen, planteado por Dña. L.M., contra Omnitel Comunicaciones, S. L., Microsoft Ibérica, S. R. L., el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), Indi Marketers, S. L., y Leadmarket, S. L., analiza un despido (nulo por discriminación por maternidad) en el contexto de una relación de trabajo dentro de una subcontratación de servicios.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

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

Número de resolución judicial y fecha: 24 de octubre de 2024.

Tipo y número recurso o procedimiento: asunto C-441/23, LM contra Omnitel Comunicaciones, S. L., y otros, procedimiento prejudicial.

ECLI:EU:C:2024:916

Fuente: Curia

Ponente: Excmo. Sr. D. François Biltgen

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La demandante planteó demanda por despido nulo tras no serle renovado su contrato temporal con la empresa Leadmarket y la «usuaria» Microsoft, a consecuencia de la terminación, sin prórroga, del contrato mercantil suscrito entre ambas empresas por razones presupuestarias (subcontratación de servicios). La Sra. L.M., embarazada en tal fecha y en situación de incapacidad temporal, iniciada ocho días antes del término del contrato, dando a luz unas semanas después y disfrutando desde entonces del permiso por nacimiento de hijos, que enlazó con un permiso por lactancia y más tarde con las vacaciones anuales, de suerte que recibió la notificación de la extinción de su relación laboral por causas objetivas (disminución de la demanda) en la fecha de la reincorporación.

El Juzgado de lo Social núm. 39 de Madrid dictó sentencia en fecha de 30/11/2021 (número de autos 693/2021), declarando nulo el despido, pero condenando únicamente a la empresa contratante (a la readmisión, salarios de tramitación y vacaciones no disfrutadas) y absolviendo a Microsoft, por no apreciar indicios de laboralidad entre esta y la trabajadora, rechazando la pretensión indemnizatoria, al descartar la existencia de discriminación por razón de maternidad, pues la extinción se amparaba en razones exclusivamente objetivas.

Tras interponerse recurso de suplicación por la trabajadora, el TSJ de Madrid (TSJM) plantea (mediante

auto de 7/6/2023, rec. núm. 1225/2022) al TJUE cuestión prejudicial sobre la aplicabilidad de la Directiva 2008/104, en tanto la empresa cedente no tiene reconocimiento legal como empresa de trabajo temporal (condición no exigida por la directiva), pero actúa como tal, al poner a disposición de otra empresa a una empleada. Asimismo, cuestiona si hubo puesta a disposición, al apreciar que el trabajo se realizaba bajo la dirección y control de la «usuaria», si bien también la empleadora gestionaba la relación de trabajo en términos de tiempo de trabajo e interrupciones de la prestación. Y, finalmente, plantea la duda sobre los términos de la readmisión, toda vez que el puesto de trabajo se ha extinguido, por lo que solo podría tener lugar respecto de Microsoft, por lo que las consecuencias del despido nulo también recaerían sobre dicha empresa «usuaria», según entiende, conforme al art. 5.1 de la Directiva 2008/104.

IV. Posición de las partes y planteamiento judicial

La demandante sostiene que, dado que su relación fácticamente corresponde con una puesta a disposición a la empresa Microsoft, esta debe responder solidariamente de las consecuencias de su despido por haberse llevado a efecto de forma conexa al disfrute del descanso por nacimiento de su hijo. Pretensión que reiteró en su recurso de suplicación.

Por su parte, Microsoft postula la inadmisibilidad de esta cuestión prejudicial, ya que tiene por objeto que el Tribunal de Justicia realice una apreciación de los hechos expuestos por el órgano jurisdiccional remitente en relación con la eventual puesta a disposición de la recurrente. Debe tenerse en cuenta que la remisión al TJUE no contiene el relato de hechos probados que, salvo admisión de su revisión, condiciona su valoración jurídica.

V. Normativa aplicable al caso

Arts. 3.1 b) y c) y 5.1 de la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre de 2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

Art. 15 de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

VI. Doctrina básica

1. Concepto europeo de empresa de trabajo temporal

El concepto europeo de empresa de trabajo temporal (ETT) se define en el art. 3.1.b) de la Directiva 2008/104, con referencia al derecho nacional en cuanto a las condiciones reguladoras de su actividad como intermediarios en la puesta a disposición de empresas usuarias de los servicios laborales contratados, conforme a la STJUE de 22/6/2023, ALB FILS Kliniken, C-427/21, y de la celebración de los contratos de trabajo. Sin embargo, la directiva citada no exige condición administrativa concreta (v.gr. una autorización administrativa) para poder actuar en calidad de ETT, sino, al contrario, «exigencias mínimas» (STJUE de 14/10/2020, KG, C-681/18), lo que abre un amplio margen de interpretación del propio concepto de ETT a efectos de la transposición de la norma, en tanto su objetivo no se centra en la armonización de la tipología de empresas y actividades, sino de la igualdad de los trabajadores (art. 2 y considerandos 12 y 23), teniendo en cuenta que la interpretación del derecho de la Unión requiere considerar su contexto y objetivos perseguidos por la norma en la que se integra la disposición interpretada (SJUE de 12/5/2022, Luso Temp, C-426/20, y las allí citadas). Objetivo que podría ser preterido si se condicionara a la posesión de una autorización (administrativa), exigida solo en algunos estados de la Unión, lo que significaría que el propio derecho nacional podría alterar la igualdad buscada por la directiva respecto de estos trabajadores y establecer diferencias nacionales de protección entre ellos, que permitieran a las empresas eludir la aplicación de la propia directiva. En consecuencia, el concepto de ETT, a los efectos del art. 3.1 b) de la Directiva 2008/104, tiene carácter material y no formal, de suerte que tal norma resulta aplicable a toda aquella relación de trabajo entablada con la finalidad de facilitar la puesta a disposición temporal a una tercera empresa bajo su dirección y control, por lo que los requisitos formales dispuestos en la legislación nacional no son relevantes a estos efectos.

Admitida esta interpretación, el concepto abarcaría a empresas que no actúan formalmente como ETTs, pero cuya actividad resulta equiparable a estas, en tanto que, manteniendo el vínculo laboral con los empleados cedidos, tienen por actividad celebrar contratos de empleo o establecer relaciones de empleo con trabajadores con vistas a destinarlos temporalmente a empresas usuarias bajo la dirección y control de estas. Tales circunstancias no son evaluables por el TJUE, sino exclusiva competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales (STJUE de 9/3/2021, Radiotelevizija Slovenija, C-344/19), que deben valorar la aplicación del derecho a los hechos juzgados (SJUE de 18/6/2015, Martin Meat, C-586/13). Pero sí es competente, por el contrario, para determinar el alcance de los conceptos en juego, ETT, empresa usuaria, y cesión de trabajadores y los términos de esta o elementos que conforman la relación de trabajo (SJUE de 22/11/2017, Cussens y otros, C-251/16).

Pues bien, los elementos que permiten construir el concepto de ETT son: a) que la actividad de esta consista (exclusivamente o junto con otras actividades, pues el derecho de la Unión no exige un umbral determinado de trabajadores cedidos) en la puesta a disposición de trabajadores a otra empresa como prestación de servicios mercantiles; b) que los trabajadores cedidos (art. 3.1 c) deben ser definidos bajo un concepto común en la Unión (STJUE de 20/9/2007, Kiiski, C-116/06), según el cual es elemento esencial de la laboralidad la realización de un servicio para otra y bajo su dirección a cambio de una remuneración (STJUE de 11/4/2019, Bosworth y Hurley, C-603/17, y las allí citadas), y de la relación de trabajo de cesión temporal la existencia de una doble relación con ambas empresas implicadas, además de un contrato (mercantil) de puesta a disposición entre ellas (STJUE de 11/4/2013, Della Rocca, C-290/12), por el cual se transfiere a la usuaria el control y dirección del trabajo que desdobra la relación laboral de subordinación. Esto exige examinar (por el órgano judicial nacional) cuál es el grado de subordinación en cada caso a fin de valorar la naturaleza de la tal relación (STJUE de 20/11/2018, Sindicatul Familia Constanța y otros, C-147/17), es decir, si concurre el triple vínculo propio de una puesta a disposición identificable como puesta a disposición y como actividad propia de una

empresa de trabajo temporal, o si, por el contrario, se trata de prestaciones de servicios entre empresas sin transferencia de la supervisión y control a la usuaria (empresa principal), que no pueden calificarse de cesiones de trabajadores reguladas por la Directiva 2008/104, y que deberán calificarse a la luz de las circunstancias concurrentes en cada caso.

A tales efectos, el TJUE precisa que el poder de dirección y control de la usuaria ha de tener un contenido efectivo ex art. 3.1 d), esto es, consistir en la imposición de las prestaciones a realizar y las instrucciones para su ejecución, bajo su control y vigilancia (STJUE de 18/6/2015, *Martin Meat*, ya citada), elementos que deberán ser valorados por el órgano judicial nacional en el contexto del resto de indicios existentes a fin de determinar cuál de ellas ostenta esas facultades y, por ende, si concurre la relación descrita.

2. Principio de igualdad de trato y no discriminación de los trabajadores de ETT

Determinado el concepto de «trabajador cedido» y los términos en los que puede tener lugar dicha cesión, aun no mediando reconocimiento administrativo de la empresa cedente para actuar como ETT bajo el derecho nacional (pues dicha empresa será igualmente considerada como «empresa de trabajo temporal»), se concluye que el art. 5.1 de la Directiva 2008/104 exige igualdad de retribuciones con las percibidas por trabajadores de la empresa usuaria, considerando que dicho precepto establece que los trabajadores de ETT cedidos deben disfrutar de iguales condiciones (en las «condiciones esenciales de trabajo y empleo», ex art. 3.1 f, que, según declaró la STJUE de 22/2/2024, C-649/22, *Randstand empleo et al.*, abarcan, también, las mejoras voluntarias e indemnizaciones por accidente de trabajo, y, a tenor de la STJUE de 12/5/2022, C-426/2020, *Luso Temp*, a las indemnizaciones por despido) que las que les corresponderían si hubieran sido contratados directamente por la usuaria para el mismo puesto de trabajo, entendiéndose por tales las previstas en disposiciones normativas, convencionales y cualquier otra que resulte de aplicación en la empresa usuaria, en particular, las de naturaleza salarial.

Asimismo, el alcance de tal principio se proyecta sobre cuestiones reguladas por el art. 15 de la Directiva 2006/54 en cuanto respecta a las consecuencias de la nulidad de su despido al término del disfrute del «permiso de maternidad» sobre cada una de las empresas implicadas y su eventual responsabilidad solidaria, cuestión prejudicial que se subordina a la justificación de la relación de este precepto sobre el litigio analizado (Auto del TJUE de 9/1/2024, *Bravchev*, C-338/23) y a la aportación de los elementos de juicio necesarios, conforme dispone el art. 94 c) del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, bajo la prioridad del principio de presunción de pertinencia. En este caso, no obstante, no resultan admisibles las preguntas cuarta y quinta, al no superar el test de pertinencia y permanecer en el terreno de la mera hipótesis, contraria a los requisitos del mencionado art. 94 (STJUE de 7/7/2022, *Coca-Cola European Partners Deutschland*, C-257/21 y C-258/21), pues no se acredita la existencia de una empresa de trabajo temporal en los términos expuestos, ni, por ello, de un contrato de puesta a disposición en la fecha del despido (extinguido el vínculo meses atrás) o de una relación de trabajo con la tercera empresa, ni se ha motivado la aplicación del art. 15 de la Directiva 2006/54 y del art. 5.1 de la Directiva 2008/104 al caso litigioso.

VII. Parte dispositiva

El TJUE concluye que la Directiva 2008/104 es aplicable a relaciones de servicios de puesta a disposición entre empresas que actúan como ETT (tengan autorización administrativa o no conforme al derecho nacional) y las empresas que reciben los servicios de los trabajadores puestos a disposición (art. 3.1 b), por considerarse empresas de trabajo temporal a efectos de esta directiva (art. 3.1 b a d), cuando los trabajadores cedidos se encuentren bajo la dirección y control de la empresa usuaria, entendiendo por tal la imposición de las prestaciones a realizar y el modo de ejecutarlas, bajo sus instrucciones y vigilancia y control; y, con ello, el principio de igualdad de condiciones de trabajo con los trabajadores de estas últimas mientras dure

la puesta a disposición, especialmente los de orden salarial (art. 5.1). Aplicados los conceptos descritos al caso enjuiciado, el tribunal concluye que no concurren los elementos necesarios para estimar ni que la empleadora pueda considerarse una ETT o que existiera cesión de la trabajadora en la fecha del despido, pues la relación se había extinguido meses atrás.

Se inadmiten las cuestiones cuarta y quinta, por falta de acreditación de relación concreta entre los hechos analizados y el derecho cuya interpretación se solicita, por lo que la cuestión deviene hipotética, conforme al art. 94 de su reglamento de procedimiento.

VIII. Pasajes decisivos

«... la Directiva 2008/104 no supedita la condición de «empresa de trabajo temporal» al requisito de que la empresa deba poner a disposición de otra empresa a un determinado número o porcentaje de trabajadores» (apdo. 52).

«... la existencia de tal relación de subordinación y el grado de subordinación a la empresa usuaria, en el desempeño de sus funciones, por parte del trabajador cedido por la empresa de trabajo temporal debe apreciarse, en cada caso concreto, en función del conjunto de elementos y circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes, apreciación que corresponderá efectuar al órgano jurisdiccional remitente...» (apdo. 58).

«...el artículo 3, apartado 1, letras b) a d), de la Directiva 2008/104 debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el concepto de «trabajo a través de empresas de trabajo temporal», a efectos de esta disposición, la situación en la que una empresa cuya actividad es celebrar contratos de empleo o establecer relaciones de empleo con trabajadores, con el fin de ponerlos a disposición de una empresa usuaria por un período determinado, pone a un trabajador a disposición de una empresa usuaria, cuando dicho trabajador se encuentra bajo la dirección y el control de esta última empresa y cuando esta, por un lado, le impone las prestaciones que debe realizar, la manera de llevarlas a cabo y la observancia de sus instrucciones y normas internas, y, por otro, ejerce vigilancia y control sobre el modo en el que ese trabajador desempeña sus funciones» (apdo. 62).

IX. Comentario

1. Equiparación de la cesión de trabajadores por empresas no autorizadas con las autorizadas

La relevancia de la resolución comentada estriba en la alteración del concepto hasta ahora aplicado en el derecho español al respecto de las cesiones de trabajadores cuando estas no fueran realizadas por empresas debidamente autorizadas como tales. Conforme a la sentencia analizada, que precisamente analiza un caso español en el que se aplica el Estatuto de los Trabajadores, y, con ello, su art. 43, si bien no es este el núcleo del debate judicial, podría parecer que se ponen en duda las consecuencias del art. 43 ET cuando se trate de cesiones de trabajadores si estas no estuvieran amparadas por la Ley 14/1994, conforme a la cual «la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta ley» (art. 1).

Los efectos de la falta de autorización respecto de la relación de trabajo constituida se prevén en la Ley 14/1994 para ETTs establecidas en otros estados miembros de la Unión Europea o en Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (constituye infracción muy grave, conforme a los art. 19 bis.2 a) y 19.ter.3 c) de la LISOS, formalizar contratos de puesta a disposición que no estén válidamente constituidas como empresa de trabajo temporal según la legislación del Estado de establecimiento o sin reunir los requisitos legales para poner a disposición de empresas usuarias, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados, tanto para empresas de trabajo temporal como para usuarias). El art. 43 ET resuelve tanto

la caracterización de la prohibición de cesiones de trabajadores como sus consecuencias (responsabilidad solidaria, art. 43.3), al disponer que la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas y que, en caso contrario, ambas empleadoras incurrirán en una cesión ilegal de trabajadores (art. 43.2: «se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores... [cuando] el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria»), y reconocer el derecho a los trabajadores cedidos a optar entre cedente y cesionaria para hacer efectivo su derecho a adquirir la condición de fijos, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas y penales, conectadas con la remisión efectuada por el art. 10 de la directiva al derecho nacional para la regulación del régimen sancionador.

No existe, en realidad, discordancia real entre ambas soluciones legales, interna y del derecho de la UE, a partir de la interpretación del concepto de ETT sostenida por el TJUE en esta resolución, por otra parte, no muy diferente de lo que ya afirmara en su sentencia de 17/11/2006, C-216/2015, *Betriebsrat der Ruhrländische Klinik*, pues se trata de una decisión de alcance restringido a la afirmación de la equiparación de los trabajadores cedidos con los de la empresa cedente. Como bien señala la sentencia analizada, la protección que se deriva de la Directiva 2008/104 alcanza a la tutela de los trabajadores cedidos en su esfera puramente contractual, es decir, se proyecta sobre las condiciones de trabajo mientras dure la cesión, para igualarlas con una hipotética contratación directa. La resolución comentada precisa que, a estos solos efectos, no resulta relevante que la empresa en cuestión cuente con autorización administrativa o cumpla con otras condiciones legales o reglamentarias dispuestas por el derecho nacional, sin perjuicio de las consecuencias que implique el incumplimiento de la legislación interna, siempre y cuando realice idéntica actividad a una ETT, y bajo las mismas condiciones, es decir, cediendo trabajadores cuya prestación de servicios se subordina en su ejecución a la vigilancia y control de la empresa usuaria reteniendo para sí el vínculo laboral de subordinación y régimen propio de una relación laboral. Debe recordarse que, conforme mantuvo el propio TJUE en su sentencia de 22/6/2023, C- 427/2021, *Alb Fils Kliniken*, la directiva, por el contrario, no será aplicable a aquellos casos en los que se produzca una prestación de servicios entre empresas, aunque esta tenga carácter permanente y se ejecute bajo la dirección de la empresa tercera, por no tener esta carácter temporal, como aclara la STJUE de 7/3/2022, C-232/2020, pero, por el contrario, sí lo será en aquellos casos en los que no sea posible legalmente la equiparación de puestos de trabajo por su distinta naturaleza, v.gr. pública/privada (STJUE de 11/11/2021, C-948/2019, *Manpower Lit.*).

Y, sin perjuicio de otros derechos reconocidos, como es el caso del art. 43 ET y la Ley 14/1994, la sentencia del TJUE analizada despeja toda duda respecto de las condiciones de trabajo reconocidas a trabajadores cedidos a otras empresas, especialmente salariales, ex art. 5.1 de la directiva, sea cual sea el marco jurídico utilizado para disponer tal cesión temporal en idénticas circunstancias a las que se predicen de una ETT. Como literalmente se afirma, el incumplimiento de requisitos legales para formalizar una relación (legal) de cesión de trabajadores no puede interponerse para privar a estos de sus derechos en igualdad de condiciones con los trabajadores de la empresa usuaria, sin perjuicio de las consecuencias legales de orden interno que se anuden a tal incumplimiento, como es el caso de las reguladas en el art. 43.3 (y 4) ET, o las de orden administrativo reguladas en el art. 8.2 de la LISOS, o, eventualmente, penales, según el art. 312 Cp., si se dan las circunstancias previstas en tales preceptos, amén de las soluciones que brinda el derecho de la Unión, como la prohibición de prolongar abusivamente la cesión meramente temporal (STJUE de 7/3/2022, C-232/2020, *Daimler*).

En consecuencia, para exigir igualdad de trato con los trabajadores objeto de contratación directa basta con que fácticamente concurren las condiciones en idénticos términos a la nuda de un contrato de puesta a disposición, esto es, que dé lugar a una subordinación fáctica a la usuaria de los trabajadores cedidos, que

comporte la dirección, vigilancia y control del trabajo. La duración y términos concretos de la cesión resulta irrelevante a estos efectos, aun cuando supere lo previsto en el art. 6.2 de la Ley 14/1994 es decir, se trate de supuestos no autorizados, pese a que se han generado al amparo de una situación administrativa regular en lo que atañe a la propia actividad de la ETT.

En cumplimiento del art. 5.1 de la directiva mencionada, el art. 11.1 de la Ley 14/1994 ya preveía la equiparación de los trabajadores cedidos con los directamente contratados por la usuaria para ocupar el mismo puesto mientras dure la cesión, por lo que la resolución comentada no aporta ninguna novedad en este ámbito, lo que reduce su impacto sobre el derecho nacional a la concreción del propio concepto de ETT y de trabajadores cedidos a los efectos de tal protección. Si bien no es menos cierto que tales consecuencias ya podían asimismo inferirse del art. 43.4 ET una vez ejercido el derecho de opción por la empresa usuaria, por consiguiente, con efectos de futuro o ex nunc, puesto que los efectos ex tunc ya se disponen en el art. 11.1 de la Ley 14/1994, al no restringir su ámbito de acción únicamente a las relaciones autorizadas legalmente o amparadas por la propia ley.

En el caso analizado, no habiéndose acreditado que la empleadora fuera una empresa de trabajo temporal, sino una subcontratación de servicios, el TJUE declara la impertinencia de la cuestión relativa a la responsabilidad solidaria de la hipotética usuaria, pese a que el TSJ formule la cuestión prejudicial bajo tales premisas, esto es, partiendo de un presupuesto fáctico que avala la existencia de una puesta a disposición y que, por el contrario, el primero sostiene no concurrir, puesto que no existía relación alguna en la fecha de la decisión extintiva ni en los meses precedentes que permita extender la responsabilidad a Microsoft por el despido.

2. Tutela antidiscriminatoria

La sentencia objeto de comentario prescinde, por las razones procesales expuestas, del análisis de la cuarta y quinta preguntas formuladas por el TSJ de Madrid, pues no se aprecia conexión alguna entre los posibles efectos de la apreciación de una posible puesta a disposición y el art. 5.1 de la directiva, relativo a la aplicación del principio de igualdad de trato, a la determinación de la responsabilidad por la nulidad del despido.

Sin embargo, sí resulta de interés profundizar, aunque sea someramente, en la cuestión apuntada. El tribunal de origen plantea si la eventual nulidad del despido como consecuencia de la prohibición prevista en el art. 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, en relación con el derecho a la reincorporación al término de tales permisos regulada en el art. 15 de la Directiva 2006/54, alcanzaría a ambas empresas. No cabe duda de que, al amparo del art. 43 ET, el derecho a la reincorporación obligaría a las dos responsables solidarias y que, por tanto, la duda no precisa de respuesta europea, especialmente porque el propio art. 5.1 a) de la Directiva 2008/104 predica el principio de igualdad de trato con respecto a los trabajadores de la empresa usuaria de «la protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia», a lo que el apartado b) del mismo precepto añade «la igualdad de trato entre hombres y mujeres y... las disposiciones adoptadas con vistas a combatir toda discriminación basada en el sexo...». Ello ampara la extensión de la protección restringida de la Directiva 92/85 a todas las situaciones que pudieran entenderse comprendidas en el concepto de discriminación por razón de sexo, como es la maternidad, más allá del marco del embarazo y la lactancia del art. 5.1 a) y del disfrute del permiso por maternidad, en el contexto de la Directiva 92/85.

Si bien el caso enjuiciado se ciñe a tales parámetros (pues la terminación del contrato se produjo en el contexto amparado por el art. 10 de la Directiva 92/85), conviene considerar que la tutela quedaría extendida, por mor del apartado b) del art. 5.1 de la Directiva 2008/104, a todas aquellas circunstancias en las que se pudiera apreciar el necesario elemento de conexión con el sexo. Por consiguiente, el precepto

implicaría que las trabajadoras puestas a disposición (aun sin mediar autorización para actuar como ETT) habrían de beneficiarse, en aquello que les fuera de aplicación hipotética, del contenido del plan de igualdad de la empresa usuaria (recuérdese que serían computables en la plantilla de esta a efectos de determinar su obligación de negociar un plan de igualdad, ex art. 3.1 RD 901/2020, de 13 de octubre) mientras durara tal puesta a disposición, pues, como reseña el último párrafo del precepto mencionado, quedan incluidos los convenios colectivos (ergo también los planes de igualdad, así como los pactos extraestatutarios y de empresa, como declaró la STS núm. 930/2020, de 20/10, rcud. núm. 110/2019) en el marco jurídico que discipline esa relación, con las salvedades y concreciones que regule el propio plan o el convenio colectivo (claro está, siempre que estas respeten el principio de igualdad y no discriminación, y a excepción de lo declarado por la STJUE de 15/12/2022, C-311/2021, *TimePartner Personalmanagement*, que admite el establecimiento convencional de diferencias siempre que se respeten las condiciones globales por aplicación del art. 5.3). De forma que la tutela brindada por la legislación laboral (la del país de destino en desplazamientos transnacionales, conforme a la Directiva 96/71, modificada por la 2018/957, especialmente, el art. 3.1 g) -vid. STJUE de 3/6/2021, C-784/2019, *Team Power Europe*-), a la que se une el convenio colectivo y el plan de igualdad, se desplegaría por igual en las situaciones que pudieran identificarse como «puesta a disposición» y, por ende, supondría la igualación de las trabajadoras cedidas con las directamente contratadas por la usuaria, sea la cesión legal (con o sin autorización) o ilegal.

De ser obligatoria la negociación de un plan de igualdad en la empresa usuaria, debe recordarse que la propia situación de los trabajadores cedidos ha de ser objeto de evaluación en el diagnóstico previo de situación, ex art. 7.2 del RD 901/2020, y que las diferencias retributivas también habrían de quedar reflejadas con el objeto de corregirlas ex art. 10.2, por lo que las medidas correctoras que del plan se derivasen habrían de tender a igualar a hombres y mujeres, y, dentro de ello, también a las trabajadoras cedidas por la empresa de trabajo temporal o aquella que actuase como tal.

En todo caso, la pregunta formulada por el órgano judicial remitente parece tener una respuesta clara: tanto el art. 10 de la Directiva 92/85 como el 15 de la Directiva 2006/54 son de aplicación a ambas empresas implicadas en la cesión de la trabajadora embarazada o que deba disfrutar o haya disfrutado del permiso por nacimiento de su hijo, del mismo modo que lo sería el art. 14 de la misma directiva, y, conforme al art. 5.1 de la Directiva 2008/104, frente a ambas empresas. Pero, la responsabilidad por las consecuencias de la infracción de la prohibición del despido solo corresponde al derecho nacional, toda vez que la directiva no contiene referencia alguna a esta cuestión, lo que priva de pertinencia a la pregunta del órgano remitente.

X. Apunte final

En conclusión, si bien los términos de la sentencia apuntan a la efectividad de la igualdad de trato de los trabajadores puestos a disposición con los directamente contratados por la usuaria, y a que una relación aparentemente de subcontratación de obras y servicios podría considerarse equiparable a la establecida con una ETT, no efectúa ulteriores consideraciones respecto a la distribución de responsabilidades laborales entre ambas empresas. Tendrá que ser el derecho nacional el que introduzca las matizaciones necesarias para ahondar en la línea divisoria entre prestaciones empresariales de servicios y cesión de trabajadores.

Por último, el TJUE efectúa, una vez más, una llamada a los órganos judiciales nacionales para ponderar forma y contenido en la formulación de cuestiones prejudiciales, para obtener solución a las dudas suscitadas por la aplicación del derecho de la Unión.

§ 93 **Castigo laboral "versus" crimen empresarial. Control empresarial de dispositivos electrónicos para uso laboral y su repercusión en los delitos contra la intimidad.**

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: No se incurre en delito de descubrimiento y revelación de secretos por parte del empresario que accede a los correos electrónicos (incluso personales) de los trabajadores cuando han sido debidamente informados del exclusivo uso profesional de los correos en reiteradas ocasiones y el acceso se produce de modo casual al realizar una copia de seguridad del servidor de correo electrónico corporativo de la empresa, propiciada por un problema en su funcionamiento motivado por el hecho de que el buzón del citado correo estaba lleno.

Palabras clave: Intimidad. Correo corporativo. Dispositivos digitales en el trabajo. Alcance de la injerencia a efectos penales.

Abstract: There is no offense of discovery and disclosure of secrets committed by the employer who accesses the employees' emails (including personal ones) when they have been duly informed of the exclusive professional use of the emails on repeated occasions and the access occurs incidentally while making a backup of the company's corporate email server, caused by a malfunction due to the email inbox being full.

Keywords: Privacy. Corporate email. Digital devices at work. Scope of interference for criminal purposes.

I. Introducción

Se plantean querellas contra la empresa por parte de extrabajadores que fueron despedidos por realizar un uso personal del correo exclusivamente corporativo. Los despidos fueron considerados nulos en la jurisdicción social por ilícita obtención de los correos electrónicos por vulneración de derechos fundamentales. En el ámbito penal se rechaza que el comportamiento empresarial incurra en el tipo delictivo de revelación o descubrimiento de secretos del art. 197 CP.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 889/2024, de 23 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación por infracción de ley núm. 3302/2022.

ECLI:ES:TS:2024:5200

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Durante años tres trabajadores prestaron servicios para una misma mercantil (CONASA Consultores, cuya administradora y socia mayoritaria es María Rosa). La empresa proporcionaba a los trabajadores equipos informáticos con una cuenta de correo electrónico corporativo asignada a cada uno de ellos, encendiéndose cada uno de los ordenadores con una clave genérica conocida por todos los trabajadores de la empresa, y sin que el acceso al correo electrónico de cada uno de ellos requiriese de clave alguna. El artículo 26 del Convenio de Oficinas y Despachos, norma aplicable al trabajo desarrollado, establece como constitutiva de falta grave la realización "sin el oportuno permiso, trabajos particulares durante la jornada, así como emplear para uso propio, herramientas o materiales de la empresa". En el presente caso ninguno de los tres trabajadores tenía autorización para emplear el correo electrónico corporativo para fines propios. En la empresa CONASA se celebraban periódicamente reuniones entre la directiva y los ocho empleados con los que contaba, constando que, al menos hasta 8 ocasiones, se dieron a los empleados órdenes reiteradas en relación con que el uso de los medios informáticos de la empresa (incluidos ordenadores, programas informáticos, Internet, etc.) insistiéndose en que sólo debían ser utilizados para el desarrollo de la actividad laboral y no para uso personal. El 13 de marzo de 2015 los tres empleados afectados firmaron, sin reserva alguna, un documento confeccionado por doña María Rosa, en el que se les reiteraba la obligación ineludible de respetar la absoluta confidencialidad de la información relativa a la actividad laboral, así como que el uso de los sistemas propios, sistemas y programas informáticos y aparatos electrónicos propiedad de la empresa se hallaba restringido exclusivamente al desempeño del trabajo profesional de los empleados de la misma, al igual que el acceso a Internet, redes sociales, etcétera que la empresa ponía a disposición de sus empleados.

Con ocasión de la recuperación en tales fechas (marzo de 2015) de una copia de seguridad del servidor de correo electrónico corporativo de la empresa, propiciada por un problema en su funcionamiento motivado por el hecho de que el buzón del citado correo estaba lleno, doña María Rosa tuvo acceso al contenido de gran número de correos electrónicos remitidos por sus trabajadores empleando el correo corporativo de la empresa, entre los cuales se encontraban cientos de correos enviados a lo largo del tiempo, muchos de ellos con un contenido ajeno a la actividad laboral de la empresa y relativos a la esfera personal de estos tres empleados (atinentes a sus relaciones conyugales y familiares, e incluso reveladores de la existencia de una relación personal de carácter íntimo entre dos de estas personas). En algunos de los citados mensajes de correo electrónico remitidos o intercambiados por doña Valle, doña Virtudes y don Carlos Alberto son varias las ocasiones en las que se instaban a borrarlos, así como a emplear otros medios de comunicación como los SMS, lo que resulta muestra de que percibían el correo electrónico corporativo como un medio de comunicación abierto al acceso por parte de terceros. Sobre la base de dichos correos la empresa procede a despedir a los trabajadores quienes impugnaron los mismos obteniendo sentencia del Juzgado de lo Social de Donostia declarado los despidos disciplinarios nulos por vulneración de los derechos fundamentales de estas tres personas, declarándose la ilicitud en la obtención de los correos electrónicos.

Los trabajadores instaron, como querellantes, acciones penales contra la dirección de la empresa, representada por Doña María Rosa. El Juzgado de lo Penal n.º 5 dictó resolución absolviendo a Doña María Rosa de los delitos contra la intimidad del art. 197 CP de los que era acusada en la causa. La representación de los extrabajadores

interpuso recurso de apelación ante Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que confirmó la absolución, contra la que se interponen recurso de casación. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, confirma las sentencias anteriores y condena en costas a los recurrentes.

La STS sintetiza los ocho motivos esenciales del recurso de los querellantes y comienza delimitando el ámbito del recurso de casación respecto resoluciones de las Audiencias provinciales en apelación de sentencias de los Juzgados de lo Penal, recordando la doctrina contenida en su STS 626/2024, de 19 de junio, interpretando el art. 847.1 b) LECrim, así como el criterio contenido en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 9 de junio de 2016, interpretando dicho precepto y avalado por ATC 40/2018. En resumen, se recuerda que el recurso de casación solo es admisible por la vía del artículo 849.1º LECrim, que permite la casación por infracción de un precepto penal de carácter sustantivo (error iuris) que deba ser observado en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), sin que proceda por ninguno de los motivos de quebrantamiento de forma, ni los previstos por el art. 850 LECrim, ni frente a las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias la infracción de ley prevista en el art. 849.2º LECrim fundada en error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador, pero sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Proyectando dicha doctrina a los motivos del recurso, el TS rechaza conocer de la mayor parte de las quejas. En concreto, considera que los motivos en los que la casación se sustenta en la denuncia de un error de derecho sobre preceptos no sustantivos penales, como las leyes procesales, las leyes de protección de datos o los Convenios colectivos, carecen de virtualidad para formular una queja casacional, siendo tampoco atendibles las quejas fundadas en vulneraciones de derechos fundamentales. En ambos supuestos, porque “los errores por denuncias de aplicación indebida de preceptos no sustantivos, o de derechos fundamentales, han sido objeto de dos instancias, la del enjuiciamiento y la de la revisión, y ese pronunciamiento ha sido resuelto en los términos previstos en la legislación procesal, con arreglo al proceso debido”.

El debate se centra, así pues, en el motivo en el que se denuncia el error de derecho por la inaplicación, al hecho probado, del art. 197 del Código penal^[1] sobre el delito de descubrimiento y relevación de secretos de otro, cuya tipicidad se vertebraba sobre el apoderamiento ilícito realizado para descubrir los secretos de otro o vulnerar su intimidad, y sobre la interceptación de las comunicaciones. Comienza el Tribunal recordando que los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el artículo 18.1 de la Constitución Española (CE), son considerados bienes de la personalidad y están protegidos bajo el Código Penal en el título de “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”. No se interpreta en el sentido de confidencialidad, sino que se trata de derechos que protegen un espacio de intimidad personal y familiar contra intromisiones externas, especialmente frente al desarrollo de medios de captación, divulgación y difusión de información. Asimismo, recuerda que en el art. 197.1 CP la idea de secreto resulta conceptualmente indisociable al concepto de intimidad (con cita de la STS nº 666/2006, de 19 de junio), como se extrae de la ubicación del precepto en el Título, dedicado a los delitos contra la intimidad, y de modo coherente con su propia redacción, pues en el primer apartado del art. 197 relaciona los papeles, cartas o mensajes de correo electrónico con otros documentos o efectos personales, y su segundo apartado (197.2 CP) se refiere a datos reservados de carácter personal o familiar.

En relación con la conducta enjuiciada, resalta el Tribunal que el *tipo objetivo* requiere solamente un “acto de apoderamiento”, sin necesidad de que el autor llegue a descubrir los secretos o vulnerar la intimidad en el primer caso, y el “mero acceso” de los datos protegidos en el segundo. El *tipo subjetivo* exige, sin embargo, la finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad junto con el dolo en el acto de apoderamiento o de acceso.

Comienza la Sala de lo Penal examinando el término “apoderarse de datos” poniendo de manifiesto la existencia de una interpretación estricta (como apoderamiento en los delitos patrimoniales), pero también otra más amplia que incluiría copiar datos dejando intactos los originales o simplemente el hecho de captar información. Por otro lado, en cuanto al supuesto de hecho del segundo párrafo relativo a “apoderarse, utilizar o modificar datos reservados de carácter personal o familiar”, el TS afirma que “utilizar” es usar sin apoderarse de ellos y “modificar” es alterarlos, tanto si se trata de mejorar como de perjudicar la situación del sujeto al que afectan. En todo caso, las conductas tienen que producirse sin estar autorizado para acceder, manipular o modificar el banco de datos y realizarse en perjuicio de tercero, tercero que puede ser distinto al titular de los datos, en cuyo caso se produce una triple implicación de sujetos (sujeto activo, titular de los datos y eventual perjudicado) que responde, a la idea de que el titular de los datos no puede ser sujeto activo del delito porque él es el sujeto pasivo, dado que lo tutelado es su intimidad (con cita de la STS 1461/2001, de 11 de julio).

En el caso examinado las sentencias recurridas hacen referencia al “hallazgo de correos” cuando se realiza una copia de seguridad al constatar que el buzón estaba al completo, momento en el que se localizaron “cuentas de correos” entre los querellantes, ajenas al trabajo y que, por incumplir la reserva impuesta por el convenio y las directrices empresariales, sirvieron a la empresa para extinguir la relación laboral, extremo que fue impugnado por los empleados quienes vieron estimada su reclamación en la jurisdicción social.

Para la Sala, el núcleo de la cuestión desde la perspectiva penal es el de decidir el carácter de apoderamiento que requiere la tipicidad del delito objeto de la acusación y para ello considera que debe examinar la jurisprudencia de la Sala de lo penal, del Tribunal Constitucional y del Europeo de Derechos Humanos a fin de conformar el carácter indebido de la conducta del empleador. Tras aludir al art. 20 bis ET y el art. 87 LOPDyGDD, la Sentencia pone de relieve que las “situaciones conflictivas surgen en el ejercicio de los respectivos derechos, a la intimidad, y al control de los medios de producción, en los que las decisiones del orden social de la jurisdicción, observante de las relaciones laborales, y de la penal, pueden abordar las situaciones conflictivas desde distintas perspectivas, la relación laboral y la agresión a bienes jurídicos de naturaleza fundamental”.

El Tribunal hace un repaso de las sentencias claves a la hora de dar solución a la situación conflictiva que puede producirse cuando el empleo de medios informáticos suministrados por el empleador es utilizado por el trabajador para su uso personal, poniendo de relieve que en su mayor parte se refieren a “información obtenida en aparatos de uso corporativo en los cuales el trabajador ha introducido datos de carácter personal y se pretende su utilización como hecho de prueba”. En concreto, hace referencia a la STS Penal nº 528/2014 de 16 de junio, STS Penal 489/2018 de 23 de octubre, STS Penal (Pleno) nº 328/2021, de 22 de abril, STS Penal 56/2022 de 24 de enero, STS Penal 817/2022, de 14 de octubre, Sentencia 89/2023 (asunto Pescanova), de 10 de febrero.

La doctrina de dichas sentencias, aun no uniforme y basada en la casuística, parte del examen de la ilegitimidad de la intromisión y de que se produce cuando se vulnera la expectativa de intimidad por parte del trabajador. Se insiste en que la clave reside en si el trabajador ha consentido anticipadamente reconociendo esa capacidad de supervisión al, empresario y, por tanto, cuenta con ello y está advertido, ya que en tal caso se trata de una limitación conocida y contractualmente asumida, posible en las relaciones privadas, pero que no es trasladable al ámbito de las relaciones con los Poderes Públicos, donde no cabe esa “cesión” anticipada o renuncia previa a ese espacio de intimidad virtual. En palabras del TS (STS Pleno [328/2021): “El reconocimiento previo, explícito o implícito, de esa facultad del empresario constituye el *punctum dolens* la clave, en el ámbito de las relaciones laborales. En una investigación penal lo será la autorización judicial o el consentimiento actual”.

Proyectada la doctrina penal al caso concreto, la sentencia desestima los recursos porque desde la perspectiva del error de derecho, al no constatarse un apoderamiento ilícito y observarse las reglas de valoración de la protección de la intimidad de los empleados, no ha existido un quebrantamiento de sus expectativas de intimidad, la sentencia impugnada no ha incurrido en ningún error al declarar la absolución de la acusada. En concreto, la sentencia subraya que los querellantes habían sido advertidos y habían tomado conocimiento de las prohibiciones de hacer un uso particular del material informático puesto a su disposición por el empleador para el desarrollo de la actividad laboral. Tampoco sus correos estaban protegidos por una contraseña propia y personal. Habían sido informados, sin reserva alguna, y se reiteraba la obligación ineludible de respetar la absoluta confidencialidad de la información relativa a la actividad laboral, así como del uso de los sistemas propios, sistemas y programas informáticos que se hallaban restringidos, exclusivamente, al desempeño del trabajo profesional, habiendo sido requeridos, al menos en ocho ocasiones, y se ha probado que ellos mismos se advertían en sus mensajes sobre la necesidad de borrarlos y de emplear otros medios de comunicación. Por ello concluye que eran conscientes de la limitación de uso y de los límites a su utilización. Asimismo, resalta que se ha probado que “no hubo un acto de intromisión, sino que, al realizar una copia de seguridad y constatar que el buzón de correo se acumulaba al límite de su capacidad, se constató su utilización para cuestiones ajenas a su autorización para a ser utilizado como instrumento de trabajo. Consecuentemente, desde la perspectiva del error de derecho, ningún error cabe declarar en la absolución de los acusados, cuando el relato fáctico no refiere un apoderamiento ilícito y se declara la observancia de las reglas de valoración de la protección de la intimidad con pleno conocimiento de la obligación de los empleados de los límites de utilización, sin que quepa afirmar, desde el hecho probado, un quebrantamiento de las expectativas de intimidad que hayan sido vulneradas”.

IV. Normativa aplicable al caso

- Arts. 18 1 y 3 CE; art. 197 del Código Penal; art. 20 bis ET; art. 87 LOPDyGDD

V. Doctrina básica

La parte empleadora no incurre en delito de apoderamiento y descubrimiento de secretos de los que fueron sus trabajadores cuando habían sido advertidos del uso exclusivamente personal del material informático puesto a su disposición por el empleador para el desarrollo de la actividad laboral, el canal de comunicación era abierto al no existir clave en ningún ordenador, usarse una genérica conocida por todos, y reconocer los trabajadores en sus correos privados entre ellos que debían borrar los mensajes y comunicarse por otra vía. Sin que exista acto de intromisión cuando, al realizar una copia de seguridad y constatar que el buzón de correo se acumulaba al límite de su capacidad, se constató su utilización para cuestiones ajenas a su autorización estrictamente laboral.

VI. Parte dispositiva

Desestima el recurso y condena a los recurrentes al pago de costas.

VII. Pasajes decisivos

- “Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen garantizados por el art. 18.1 CE, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen Código Penal que se rotula como “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”. STS al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas, destacando la necesaria protección frente al creciente desarrollo de los medios y procedimiento de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias que pertenecen a la intimidad”

- “En relación con la conducta enjuiciada, interesa resaltar que el tipo objetivo requiere solamente un acto de apoderamiento, sin necesidad de que el autor llegue a

descubrir los secretos o vulnerar la intimidad en el primer caso, y en el mero acceso de los datos protegidos en el segundo. El tipo subjetivo exige, sin embargo, aquella finalidad, junto con el dolo en el acto de apoderamiento o de acceso”.

- “Las conductas tienen que producirse sin estar autorizado para acceder, manipular o modificar el banco de datos y realizarse en perjuicio de tercero, tercero que puede ser distinto al titular de los datos produciéndose una triple implicación de sujetos (sujeto activo, titular de los datos y eventual perjudicado) que responde, a la idea de que el titular de los datos no puede ser sujeto activo del delito porque él es el sujeto pasivo, dado que lo tutelado es su intimidad, tal como preciso la STS 1461/2001, de 11 de julio”.

- “Las situaciones conflictivas surgen en el ejercicio de los respectivos derechos, a la intimidad, y al control de los medios de producción, en los que las decisiones del orden social de la jurisdicción, observante de las relaciones laborales, y de la penal, pueden abordar las situaciones conflictivas desde distintas perspectivas, la relación laboral y la agresión a bienes jurídicos de naturaleza fundamental”.

VIII. Comentario

De nuevo se plantea un conflicto entre dos importantes derechos confrontados y dos perspectivas de análisis no necesariamente concurrentes al depender su solución de dos jurisdicciones distintas que atienden a bienes y tutelas propias. La paradoja que puede darse en este cruce de jurisdicciones es que la empresa, haciendo uso de su poder de vigilancia y control de los dispositivos informáticos puestos a disposición de los trabajadores para el exclusivo desarrollo de su prestación laboral, pueda despedir procedentemente a quienes, incumpliendo, los usan para actividades no laborales, pero que a continuación se enfrente en el ámbito penal a una condena por un delito de descubrimiento de secretos. Ello es especialmente sensible en relación con una posible vulneración del art. 18.3 CE, muy flexiblemente interpretado en el ámbito laboral y constitucional laboral, pero de modo muy estricto en el ámbito penal. Prueba de ello sería la STS penal 528/2014, de 16 de junio donde se clarificaba la necesidad de autorización judicial, en todo caso, cuando el empresario monitorice correos privados del trabajador. En dicha sentencia el art. 18.3 CE es tajante garantizando el secreto de comunicaciones “salvo resolución judicial” y “no contempla por tanto, ninguna posibilidad ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado (“correo corporativo”), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia”. La sentencia, además, rechazaba también la posibilidad de una tácita renuncia al derecho al secreto a las comunicaciones, porque, “a diferencia de lo que ocurre con la protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE) nuestra Carta Magna no prevé, por la lógica imposibilidad para ello, la autorización del propio interesado como argumento habilitante para la injerencia”. En dicha sentencia se afirmaba que ello “no impedía la utilización de medios de investigación tan útiles para el descubrimiento de conductas gravemente reprochables sino, tan sólo, de dar cumplimiento a las previsiones constitucionales rectoras de un procedimiento tan invasivo en derecho de semejante trascendencia para los ciudadanos, resultando, a tal efecto, imprescindible, como decimos, la autorización y el control que sólo el Juez puede dispensar en nuestro ordenamiento, incluso según la legislación laboral, que al menos aparentemente sigue el mismo criterio de clara vocación judicial” (con cita del art. 76.4, 90.2 y 4 de la LRJS). A partir de esta sentencia se abrían numerosos interrogantes y cautelas laborales, obligando a repasar el contenido constitucional del ámbito del derecho reconocido en el art. 18.3 sobre el secreto de las comunicaciones (y no así del tráfico de datos que estaría excluido), qué comunicaciones, qué sujetos están vinculados por dicho secreto, cuál es su diferencia con el derecho a la intimidad, y la posibilidad de monitorizar los correos cuando hubiera finalizado el proceso de comunicación, en caso de canales abiertos, o una vez hubieran sido abiertos los correos que podría considerarse que fenecía el secreto.

La Sala de lo Penal ha ido perfilando y precisando tan contundente afirmación, así como matizando algunos de sus criterios a la vista de la evolución tecnológica (que permitirá poner en duda la certeza de que todo correo cerrado deba tenerse por no leído, restando relevancia a este indicio). De momento se ha clarificado que la exigencia de autorización judicial para cualquier intromisión en el secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE queda limitada a la preservación de tal derecho. (STS Penal caso Pescanova nº 89/2023). La presente sentencia lo confirma. Exigencia nacional que se ha considerado mucho más rígida que la contemplada por el TEDH en tanto en su Sentencia *Barbulescu* II sólo impone un exhaustivo cumplimiento del principio de información, transparencia y proporcionalidad, y que no debiera generar fricciones cuando en el ámbito nacional se exige un estándar de protección más alto del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones pues el CEDH se limita a establecer los niveles de protección mínimos en sociedades democráticas (Albert Estrada i Cuadras^[2]). En puridad en el asunto *Barbulescu* no parece que se entre a valorar el derecho al secreto de la correspondencia del art. 8 CEDH porque en el ámbito interno el recurrente no había impugnado el informe de la fiscalía que dictaminaba que no había vulneración -porque era la empresa la propietaria del sistema informativo y de la conexión de internet y podía revisar la actividad y la información almacenada al estar prohibido el uso personal de los sistemas informáticos-, y solo en las observaciones ante la Gran Sala se alegó la vulneración del secreto de la correspondencia lo que, por tal motivo, expresamente quedó fuera del ámbito del caso examinado (párrafos 64 y 94). Al margen de ello, en las últimas sentencias de la Sala de lo Penal, ya queda claro que la exigencia de autorización judicial no es exigible cuando el derecho que está en juego es el de la intimidad o el de la autodeterminación informativa.

En la sentencia que se comenta, sin embargo, el único motivo de examen es el error de derecho por la inaplicación, del art. 197 del Código penal, en relación con el delito de apoderamiento de los secretos de otro, como delito relativo a la intimidad personal y vinculado con el art. 18.1 CE. Y, como en las sentencias penales que la anteceden y a las que se remite, se centra en examinar si en la conducta empresarial concurre un acto de intromisión, lo que niega al ser resultado de un hallazgo casual derivado de la copia de seguridad de un disco provocado por el elevado número de correos que lo había saturado. Vamos, que en la medida en que el descubrimiento del secreto personal no se ha producido como consecuencia de una conducta encaminada a su averiguación, no se cumpliría un elemento del tipo. Considera además que no hay apoderamiento pues el acceso no es ilegal, en tanto lo prohibido es el acceso no autorizado, carente de consentimiento, y en el caso concreto, se parte en los hechos probados de un claro supuesto de incumplimiento de la normativa aplicable y de las instrucciones y reservas sistemáticamente realizadas. Cumplida la transparencia informativa, considera que no hay expectativa de intimidad y el acceso, casual, no puede subsumirse en el tipo penal. Se ratifica con esta sentencia el criterio de la Sala de lo Penal (STS 89/2023) reforzando la importancia del consentimiento expreso y explícito de los trabajadores para la intervención de sus correos electrónicos y de que, sin dicho consentimiento las intervenciones pueden ser consideradas vulneración de la privacidad. Sólo a partir del conocimiento, consentimiento y negociación contractual sobre el uso de los dispositivos empresariales, se admite la reducción de la expectativa de privacidad y se legitiman las medidas de control por el empleador.

A mi juicio, las sentencias de lo Penal (las citadas por la comentada y ella misma) aluden siempre a *Barbulescu* II y al art. 87 LOPDyGDD, pero minimizan en su proyección al caso concreto la importancia de la “ventana de privacidad” que claramente impone dicha sentencia y que se recoge en el art. 87 LOPDyGDD. Me refiero a la relativa al “uso social” como límite a las prohibiciones totales de uso personal de los dispositivos o herramientas laborales informáticas. A mi juicio un planteamiento (laboral o penal) adecuado a la doctrina europea mencionada, así como a la nueva regulación de derechos digitales contenida en el art. 87 de la LOPDyGDD (cuyo objeto expreso, por cierto, es proteger la intimidad) debe partir de que, incluso cuando el correo es corporativo, se ha comunicado e informado del uso exclusivo

profesional, debe concurrir otro elemento para considerar la licitud de la intromisión consistente en explicar e informar no solo del “uso”, sino expresamente proyectar la transparencia informativa sobre un segundo elemento que es del “control” (qué tipo, donde, cuando, extensión), pues sólo en tal caso verdaderamente la expectativa de privacidad se reduce. Además debiera permitir, incluso en casos de prohibición total y exclusivo uso del correo corporativo, un uso esporádico, no reiterado ni abusivo de la herramienta laboral, siempre que no se afecte al buen funcionamiento de dichos dispositivos. Si nos referimos al correo para uso mixto o personal, en tal caso, entiendo que las prevenciones deben ser mayores y el aumento de expectativa de privacidad del trabajador se incrementa en la misma proporción que se reduce la facultad de injerencia del empresario. De momento, la sentencia comentada no aporta claves en exceso y su mayor virtualidad es la de listar las sentencias penales existentes en la materia.

Referencias:

1. [^] *Se reproducen los dos primeros párrafos del precepto: Artículo 197: “1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero. (...)”.*
2. [^] *Silva Sanchez, Jesus-María & Vallès, Ramon & Robles, Ricardo & Pastor Muñoz, Nuria & Fernández, Raquel & Coca Vila, Ivó & Cuadras, Albert. (2023). El «caso Pescanova». Comentario a la STS 89/2023, de 10 de febrero. 678-724. InDret 3/2023, Revista Crítica de Jurisprudencia Penal.*

§ 94 Extinción de contrato indefinido no fijo por cobertura de vacante: derecho a la percepción de la indemnización con independencia de la celebración de un nuevo contrato temporal.

Susana Rodríguez Escanciano

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

Resumen: La extinción de un contrato indefinido no fijo por cobertura de la vacante ocupada conlleva una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades. El derecho a dicha compensación económica se mantiene aunque se celebre un nuevo contrato temporal con el mismo empleador.

Palabras clave: Indefinido no fijo. Sector público. Contratación temporal. Indemnización. Cobertura de vacante.

Abstract: The ending of a non-fixed permanent contract due to the coverage of the vacancy occupied entails a compensation of 20 days' salary per year of service with a maximum of 12 monthly payments. The right to this financial compensation is maintained even if a new temporary contract is concluded with the same employer.

Keywords: Indefinite non-permanent contract. Public sector. Temporary contracting. Monetary compensation. Covering of vacancy.

I. Introducción

El frecuente recurso a la contratación laboral temporal por Administraciones Públicas o por Entes del sector público fundacional o empresarial ha dado lugar en múltiples ocasiones a relaciones decididamente anómalas o patológicas amparadas en el fraude de ley. Las consecuencias reparadoras a tales abusos han dado pie a un abundantísimo corpus de doctrina judicial que da muestras de un desajuste disfuncional entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral, pues, de aplicar el ordenamiento social en toda su extensión, la utilización fraudulenta o irregular significaría la conversión del contrato en indefinido, lo cual parece chocar con las exigencias derivadas de los principios de igualdad, mérito y capacidad, para cuya satisfacción se prevén pruebas selectivas objetivas de acceso; de determinar, por el contrario, la nulidad contractual, quedan a salvo los citados parámetros constitucionales, pero se sanciona la irregularidad en beneficio del empleador infractor.

La solución no ha sido fácil, y así lo muestra una evolución, que tarda en adoptar una posición definitiva, fluctúa, se contradice o corrige, estableciendo, al final, una extraña distinción entre trabajadores fijos (quienes han superado las pruebas objetivas de selección) e indefinidos no fijos (convertidos en tales precisamente por irregularidades). Su naturaleza jurídica se asemeja a un contrato de interinidad, quedando obligada la Administración a adoptar las medidas precisas para la cobertura definitiva de la plaza o para su amortización, causas lícitas de extinción del contrato.

El resultado final de esta evolución jurisprudencial ha sido la creación, de hecho, de una nueva figura contractual específica para la Administración recogida ahora de forma expresa en el párrafo segundo del art. 11.1 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), en virtud del cual, por su duración, el contrato de trabajo celebrado por las Administraciones públicas puede ser fijo, indefinido y temporal; primera vez que por norma de rango de ley se contempla formalmente esa triple clasificación haciendo referencia a los indefinidos no fijos. Y ello porque los mencionados condicionantes de mérito y capacidad impiden que la integración del personal laboral afectado por un reclutamiento irregular en el sector administrativo sea con carácter permanente.

Bajo tales coordenadas, una de las muestras más frecuentes de irregularidad en el reclutamiento capaz de transmutar una relación temporal en otra indefinida no fija tiene lugar cuando una determinada vacante ha estado cubierta de forma provisional a través de un contrato laboral de sustitución superando el plazo máximo de tres años previsto en el art. 70 TREBEP, cuya extinción conlleva una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con el máximo de doce mensualidades.

A la luz de esta consecuencia, en el presente caso se plantea la duda siguiente: ¿se mantiene el derecho a la indemnización por extinción del vínculo indefinido no fijo si al día siguiente se suscribe un nuevo contrato de interinidad por vacante?

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1178/2024, de 25 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 2719/2023.

ECLI:ES:TS:2024:4572.

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Los hechos desencadenantes del problema jurídico pueden resumirse en los siguientes:

1.-La trabajadora demandante prestaba servicios como personal auxiliar en la categoría de mozo de logística a través de un contrato de interinidad por vacante para el Ente Público Hospital de Fuenlabrada de la Comunidad de Madrid contando con una antigüedad desde el 17 de junio de 2010.

2.- Con anterioridad, la trabajadora había formalizado con la misma empresa los siguientes contratos de trabajo, en los periodos que seguidamente se indican: a) 01-09-05 a 20-10-05: 4 contratos de trabajo de interinidad por sustitución de vacaciones de personas trabajadoras nominadas en cada contrato, suscritos sin solución de continuidad; b) 20-02-06 a 28-02-09: 8 contratos de trabajo de interinidad por sustitución para sustituir a persona trabajadora nominada en cada contrato, suscritos también sin solución de continuidad; c) 01-07-09 a 31-08-09: contrato eventual por circunstancias de la producción, para apoyo a la actividad asistencial en el área de suministros en el periodo vacaciones del año 2009; d) 01-09-09 a 17-01-10: 6 contratos de interinidad por sustitución, suscritos sin solución de continuidad, para sustituir a las personas nominadas en cada contrato.

Por lo tanto, esta trabajadora prestó servicios para el Hospital en virtud de varios contratos de trabajo temporales desde el 1 de septiembre de 2005, concertando el último vínculo de duración determinada de interinidad por vacante el 17 de junio de 2010.

3.- Con fecha 20-12-18 fue publicado el Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid por el que se aprobaba la Oferta de Empleo Público para el año 2018, estando incluidas en el Anexo I (nuevo ingreso), 493 plazas de personas laboral; en el Anexo II (de promoción interna), 100 plazas de personal laboral, y en el Anexo III (estabilización), 604 plazas de personal Auxiliar de Control e Información, grupo V.

4.-Por resolución de la Dirección Gerencia del Hospital de 29-11-19, se convocaba proceso selectivo de personal laboral fijo por acceso libre y acceso restringido por promoción interna para cubrir 410 plazas de los grupos profesionales I a V, aprobándose las bases reguladoras del proceso, incluyendo 6 plazas de Mozo de Logística.

5.-Con fecha 03-12-19, el Hospital puso en conocimiento de la actora que su puesto de trabajo estaba vinculado al proceso de selección de personal laboral fijo convocado, y que su plaza estaba incluida en dicho proceso.

6.-Las personas con la categoría profesional de Mozo de Logística participantes en el proceso fueron más de 500, entre ellas la actora.

7.- Por resolución de la Directora-Gerente del Hospital de fecha 12-01-22 se declararon seleccionados 6 de los candidatos en el proceso selectivo en la categoría de Mozo de Logística.

8.-Mediante carta de 14-01-22, la empresa puso en conocimiento de la actora que en fecha 31-01-22 se extinguiría su contrato de trabajo temporal al no haber superado el proceso de selección correspondiente al año 2019 para el personal laboral fijo, y haber sido cumplido el objeto de su contrato.

9.-Con fecha 01-02-22, el Hospital ha formalizado seis contratos indefinidos con las personas aprobadas en el proceso selectivo como Celadores.

11.-En el Listado de la Bolsa de Contratación Temporal actualizado a 30-09-21, figura la actora en el NUM003 puesto, con 5.417 días trabajados.

12.-Con fecha 01-02-22 la trabajadora ha formalizado un nuevo contrato de trabajo de interinidad por vacante hasta la realización del correspondiente proceso de selección y consecuente cobertura de la plaza.

Esta secuencia temporal fue analizada por el Juzgado de lo Social número Dos de Móstoles, que dictó sentencia en fecha 9 de junio de 2022, desestimando la demanda por despido formulada por la trabajadora, absolviendo al Hospital de las pretensiones deducidas en su contra ante la inexistencia de despido, por concurrir un cese derivado de cobertura de la plaza vacante ocupada mediante proceso selectivo, y con derecho de la actora percibir en concepto de indemnización la cantidad de 12.437'52 euros.

Este pronunciamiento fue recurrido en suplicación por el Hospital ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que dictó sentencia 293/2023, de 14 de abril, estimatoria del recurso, quedando revocada la sentencia del Juzgado de lo Social impugnada entendiéndose que el vínculo laboral indefinido no fijo entre las partes se mantiene al haber suscrito un nuevo contrato de interinidad por vacante.

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la trabajadora interpone recurso de casación para la doctrina aportando como contradictoria la sentencia de Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 474/2012, de 25 de mayo (recurso 1777/2012).

IV. Posición de las partes

La trabajadora entiende que la extinción del vínculo como consecuencia de la cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaba constituye un despido, que debe de ir acompañado de la pertinente indemnización.

La Comunidad de Madrid argumenta que no se interrumpió la relación laboral porque, después de la extinción del vínculo por la cobertura reglamentaria de la vacante, las mismas partes suscribieron un contrato nuevo, de manera que no se produjo ningún despido ni se ocasionó ningún perjuicio por lo que no hay motivo para indemnizar a la actora.

V. Normativa aplicable al caso

Tres preceptos del TREBEP son de aplicación al presente supuesto de hecho:

1.-El art. 11, en virtud del cual “es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal”.

2.-El art. 70, conforme al cual “las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años”.

3.-La disposición adicional 17ª, en su párrafo 5, a la luz de la cual “en el caso del personal laboral temporal, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica. Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades. No habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria”.

Todo ello sin olvidar la cláusula 5ª (“medidas destinadas a evitar la utilización abusiva”) 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, cuyo tenor señala que “a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales”.

VI. Doctrina básica

La cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaba una trabajadora que había adquirido la condición de indefinida no fija debe ir acompañada del derecho a percibir la indemnización extintiva de 20 días de salario por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades. El hecho de que posteriormente suscribiera un nuevo contrato temporal con el mismo empleador no deja sin efecto la citada extinción contractual por voluntad unilateral del empresario. Se tratará de una relación laboral de duración determinada iniciada en fecha 1 de febrero de 2022 con la finalidad de prestar servicios en otra plaza vacante distinta hasta que se proceda a su cobertura reglamentaria.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid 293/2023, de 14 de abril (rec. 1273/2022), casando y anulando dicha sentencia. Confirma la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Dos de Móstoles de 9 de junio de 2022, procedimiento 166/2022, condenando a la Comunidad de Madrid al pago de las costas del recurso de suplicación en la cantidad de 800 euros sin determinar condena al pago de las costas del recurso de casación para la unificación de doctrina.

VIII. Pasajes decisivos

La controversia litigiosa radica en determinar si la relación laboral de la actora es indefinida no fija y si tiene derecho a percibir la indemnización de 20 días de salario por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades por la extinción de su contrato de trabajo debida a la cobertura reglamentaria de la vacante que ocupaba, sin que la demandante superase el correspondiente proceso selectivo. La duda deriva del hecho siguiente: el día después de la extinción de su relación laboral el mismo empleador suscribió con esta trabajadora otro contrato temporal.

El Alto Tribunal analiza, en primer lugar, la concurrencia del requisito procesal de contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste alcanzando una respuesta afirmativa a este respecto. Se aporta a tal fin la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid 474/2012, de 25 de mayo (rec. 1777/2012). En este pronunciamiento el trabajador prestaba servicios para el Ayuntamiento de Madrid desde el 7 de mayo de 2001 en virtud de varios contratos temporales. El empleador le comunicó la extinción de su contrato de relevo a tiempo parcial con fecha de efectos de 24 de diciembre de 2010. A continuación, el actor suscribió un contrato de interinidad por vacante con el Ayuntamiento de Madrid el día 24 de enero de 2011. La sentencia referencial argumenta que la contratación era fraudulenta desde el inicio por lo que no quedó sanada por los posteriores contratos temporales que sí reunían los requisitos legales. Por ello, la comunicación empresarial informándole de que su contrato quedaba extinguido con efectos de 24 de diciembre de 2010, al ser su relación ya indefinida, equivale a un despido improcedente. El Tribunal Superior de Justicia añade que el hecho de que el actor continúe prestando servicios para la demandada en virtud del nuevo contrato temporal suscrito el 24 de enero de 2011, reanudando la relación laboral, no autoriza a sostener que no exista despido, pues "no cabe duda de que la relación laboral que se había establecido mediante contratos de esta naturaleza temporal ha quedado extinguida por decisión unilateral de la entidad demandada, decisión que habrá de ser calificada como despido por cuanto apreciamos fraude de ley en la contratación temporal". En consecuencia, la sentencia de contraste estima el recurso de suplicación y la demanda, declarando la improcedencia del despido.

Señala el Tribunal Supremo, en la sentencia objeto de comentario, que en ambos casos se trata de trabajadores que prestan servicios para sendos organismos públicos en virtud de contratos temporales fraudulentos, por lo que adquieren la condición de trabajadores con relaciones laborales indefinidas no fijas. En ambos pleitos, los

trabajadores formulan sendas demandas de despido cuando finaliza un contrato temporal, a pesar de que vuelven a ser contratados bajo la modalidad de interinidad. En el caso de autos, la Sala entiende que la trabajadora carece de acción y desestima la demanda de despido. Por el contrario, en el supuesto de contraste se estima el recurso del actor por entender que no puede considerarse que carezca de acción para interponer la demanda de despido. En la sentencia recurrida no hay solución de continuidad entre la extinción contractual y la suscripción del siguiente contrato temporal mientras que en la sentencia referencial transcurrió un mes. Sin embargo, si el empleador extinguió unilateralmente la relación laboral indefinida no fija y posteriormente suscribió un contrato con el mismo trabajador, dicha diferencia no excluye la concurrencia del requisito de contradicción.

Admitida la existencia de contradicción, desciende el Tribunal Supremo al fondo de la cuestión debatida, haciendo un repaso de pronunciamientos previos.

Así, en primer lugar, se refiere a la sentencia del Pleno de la Sala Social del Alto Tribunal 649/2021, de 28 de junio (rec. 3263/2019), que rectificó la doctrina jurisprudencial previa sobre los contratos de interinidad por vacante, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021 (C-726/19). Esta Sala ha argumentado que "aun cuando el contrato de trabajo de interinidad por vacante haya cumplido los requisitos del art. 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 sólo 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. Con carácter general no establece la legislación laboral 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 (artículo 4.2 b) RD 2720/1998, de 18 de diciembre), normativa legal o convencional a la que habrá que estar cuando en ella se disponga lo pertinente al efecto [...] esta Sala estima 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". Esta doctrina ha sido reiterada en múltiples pronunciamientos, pudiendo mencionar a título ejemplificativo las Sentencias del Tribunal Supremo 1193/2021, de 1 de diciembre (rec. 4621/2019); 1207/2021, de 2 de diciembre (rec. 1321/2019); 1234/2021, de 3 de diciembre (rec. 2898/2019); y 373/2022, de 26 de abril (rec. 388/2021).

Al calor de tal interpretación, no cabe duda que, en el presente proceso, la trabajadora, suscribió un contrato de interinidad por vacante con el citado ente público el 17 de junio de 2010 que se prolongó hasta el 31 de enero de 2022. No se ha acreditado la existencia de circunstancia alguna que pueda justificar la inactividad de la Administración a la hora de convocar la cobertura de la vacante durante tan amplio período de tiempo. Por ende, la demandante adquirió la condición de trabajadora con una relación laboral indefinida no fija.

Admitida la cualidad de indefinida no fija de la trabajadora, el Tribunal Supremo recuerda, en segundo término, que es doctrina reiterada que los trabajadores con una relación laboral de tal naturaleza tienen derecho a la indemnización de 20 días de salario por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades cuando se cubre la plaza reglamentariamente. Y ello porque, aunque tal extinción no implica un despido, debe de ir acompañada de una indemnización con el fin de respetar la doctrina del

Tribunal de Justicia de la Unión Europea que exige la adopción de medidas efectivas para prevenir y sancionar las irregularidades habidas en materia de contratación temporal (SSTJCE 212/04, de 4 de julio de 2006, asunto *Adelener y otros* y 53/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto *Marrosu y Sardino*).

En tercer lugar, el Tribunal Supremo trae a colación varios pronunciamientos en los que se aclara que dicha indemnización de 20 días por año de servicio debe ser abonada, aunque posteriormente la empresa haya vuelto a contratar al mismo trabajador. Así se ha afirmado en: a) La sentencia 304/2020, de 12 mayo (rec. 825/2018) donde se explica que la extinción de una relación laboral indefinida no fija por la cobertura reglamentaria de la plaza no constituye un despido, sino que el trabajador tiene derecho a percibir la citada indemnización de 20 días de salario por año trabajado. En dicho litigio, la finalización de la relación laboral indefinida no fija se produjo el 30 de septiembre de 2016 y la trabajadora volvió a ser contratada por la misma empleadora el 28 de octubre de 2016 con un contrato de interinidad. b) La sentencia 1216/2021, de 2 diciembre (rec. 1030/2019) en la que se reitera esa doctrina en un procedimiento en el que el cese del trabajador se había producido el 30 de junio de 2017 y el empleador le había contratado de nuevo el 24 de octubre de 2017. c) La sentencia 505/2022, de 1 junio (rec. 429/2019) conforme a la cual se argumentó que resultaba ajustada a derecho la cobertura de la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo, una vez que se han seguido los procedimientos legalmente previstos a tal efecto, con independencia del derecho a la referida indemnización. En dicha litis, la relación laboral indefinida no fija había finalizado el 28 de agosto de 2009 por la cobertura de la vacante. Posteriormente, ambas partes suscribieron un nuevo contrato temporal.

En cuarto lugar, hace alusión a la reciente sentencia 51/2024, de 16 enero (rec. 1126/2023), que examina un supuesto en el que el Ente Público Hospital de Fuenlabrada no había acreditado que la concreta plaza ocupada por la demandante, que tenía la condición de trabajadora indefinida no fija, se hubiera incluido en la oferta pública de empleo. Al no haberse acreditado que se produjera la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada por la actora, la extinción de esta relación laboral indefinida constituyó un despido improcedente. El hecho de que posteriormente ambas partes suscribieran un nuevo contrato de trabajo temporal no dejó sin efecto el despido por su naturaleza constitutiva. En esta ocasión la Sala argumentó: "La extinción de una relación laboral indefinida no fija por voluntad del empleador sin que se haya procedido a la cobertura reglamentaria de la plaza, constituye un despido con efectos constitutivos que no queda desvirtuado por la posterior contratación temporal del mismo trabajador por el mismo empresario. La calificación de ese despido será la de improcedente, salvo que concurra alguna de las causas de nulidad. Dicho despido improcedente conlleva la opción entre la readmisión o la extinción de la relación laboral: a) Si el titular del derecho a la opción (el empresario o el trabajador) elige la extinción de la relación laboral, el trabajador tendrá derecho a percibir la indemnización por despido improcedente. El nuevo contrato temporal suscrito con posterioridad al despido tendrá la naturaleza de una nueva relación laboral distinta de la anterior. b) Por el contrario, si opta por la readmisión, continuará la misma relación laboral indefinida no fija. La suscripción del nuevo contrato tendrá efectos respecto de la limitación temporal de los salarios de tramitación".

Tal soporte jurisprudencial previo lleva al Tribunal Supremo a formular las siguientes consideraciones: 1º) en el presente pleito se ha producido la cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaba una trabajadora que había adquirido la condición de indefinida no fija. 2º) La actora tiene derecho a percibir la indemnización extintiva de 20 días de salario por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades. 3º) El hecho de que posteriormente suscriba un nuevo contrato temporal con el mismo empleador no deja sin efecto la citada extinción contractual por voluntad unilateral del empresario. 4º) Se inicia una relación laboral de duración determinada en fecha 1 de febrero de 2022 con la finalidad de prestar servicios en otra plaza vacante distinta hasta que se proceda a su cobertura reglamentaria.

En conclusión, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte demandante, de conformidad con el Ministerio Fiscal, casa y anula la sentencia recurrida, confirmando la sentencia de instancia.

IX. Comentario

La figura del personal indefinido no fijo ha crecido exponencialmente en los últimos años, pues da cobertura a todos los supuestos en los que de alguna manera se detectan irregularidades graves o se actúa en fraude de ley en el marco de la contratación temporal en el sector público. Las dificultades sobrevenidas de esta figura derivan de un extremo fácil de apreciar: aunque encuentra acomodo en el TREBEP no cuenta con un estatuto jurídico propio que regule sus especialidades.

El marcado carácter anfibológico del trabajo indefinido no fijo (temporal para algunas cosas e indefinido para otras) hace harto difícil su gestión, dificultad que se manifiesta sobremanera en el momento de la extinción del vínculo y el abono de las pertinentes indemnizaciones inherentes. Este aspecto ha sido abordado por múltiples pronunciamientos judiciales, distinguiendo en un inicio entre los supuestos de cese por amortización de la plaza (20 días al igual que en los supuestos de despido objetivo o colectivo procedentes) y los derivados de cobertura de la vacante (carentes de indemnización por estar asimilados a un contrato de interinidad), para alcanzar después una conclusión de consenso: la cuantía de la indemnización en ambos casos debe de ser de 20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades [STS sentencia de 28 de marzo de 2017 (rec. 1664/2015), seguida por múltiples posteriores].

Un hito importante sobre las indemnizaciones inherentes a la extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura de vacante en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede encontrarse en la Sentencia de 3 de junio de 2021, asunto *IMIDRA* (C-726/19), que censura que en el empleo público pueda prolongarse, sin límite cierto, el desempeño de un puesto de trabajo de manera interina por el hecho de que todavía no se haya cubierto la vacante con arreglo a los principios de mérito y capacidad. La STJUE 3 junio 2021 sienta cinco los núcleos argumentales que interesa resaltar: Primero.- El Derecho de la UE es incompatible con la renovación de interinidades sin indicar plazo máximo de duración. Segundo.- Choca con las reglas de la Directiva que las interinidades de larga duración no se equiparen a la situación del personal indefinido no fijo a efectos, cuando menos, de posibilitar el abono de una indemnización al término del vínculo laboral. Tercero.- Hay que aplicar medidas efectivas destinadas a prevenir y sancionar utilización abusiva de sucesivos contratos temporales. Cuarto.- Solo consideraciones económicas (crisis) no justifican la ausencia de medidas para prevenir y sancionar la utilización sucesiva contratos temporales. Quinto.- Las prórrogas de un contrato equivalen a nuevas contrataciones, desde la perspectiva de su encadenamiento.

Este pronunciamiento ha obligado a corregir la doctrina judicial interna que venía sosteniendo que, en interinidades por vacantes del sector público, el transcurso del plazo de tres años fijado en el art. 70 TREBEP, por sí solo, no comporta su conversión en uno de carácter indefinido no fijo, si bien la valoración de otras circunstancias (pasividad de la Administración para la cobertura, sucesión de contratos interinos en diversos destinos, ausencia de justificación de todo ello...) podía abocar a conclusión contraria. Sin embargo, tras la Sentencia de 3 de junio de 2021 esa misma jurisprudencia ha debido rectificarse para explicar que la mera prolongación, sin horizonte fijo, de una interinidad por vacante ya es incompatible con la Directiva 1999/70/CE, de manera que las contrataciones en cuestión deben abandonar la categoría de temporales y acceder a la condición de personal indefinido no fijo.

Como no podía ser de otra manera, el Tribunal Supremo, a partir de la ya mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de junio de 2021 en el conocido asunto *Imidra*, ha pasado a entender que el mero transcurso del plazo de tres años ocupando la plaza sin que se haya procedido a la convocatoria

convierte la relación en indefinida no fija, cuya extinción por cobertura de la vacante debe ir acompañada de la correspondiente indemnización de 20 días [SSTS, Social, 3 junio 2021 (rec. 1929/2019), 28 junio 2021 (rec. 3262/2019), 2 diciembre 2021 (rec. 1321/2019) y multitud de sentencias posteriores entre las cuales procede mencionar a título ejemplificativo las SSTS, Social, 26 diciembre 2023 (rec. 1138/2021) y 26 febrero 2024 (rec. 1316/2023)].

X. Apunte final

Cierto es que la complicación de gestionar una figura de creación jurisprudencial con una base normativa muy escasa, cual es la del personal indefinido no fijo, ha generado durante años situaciones de insuficiente protección jurídica que los tribunales, comunitario y nacionales, han tenido que ir corrigiendo *uti singuli*. No menos verdad resulta que la Directiva 1999/70 impone a las autoridades españolas dos prescripciones claras: de un lado, la adopción de medidas efectivas capaces de disuadir y, en su caso, sancionar de forma clara el abuso de la temporalidad; de otro, las diferencias en el régimen jurídico del personal temporal y del fijo deben basarse únicamente en razones objetivas que puedan demostrar la necesidad de estas diferencias para lograr su fin. El derecho a la indemnización de veinte días por año de servicio con el máximo de doce mensualidades en los supuestos de extinción del vínculo indefinido no fijo ha sido cuestionado atendiendo a su carácter poco reparador por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024. Por tales razones, la solución ad futurum a toda la controversia planteada exige poner el celo necesario en el diseño legal de un sistema de empleo público profesional acompañado convocatorias de acceso bajo los parámetros de estabilidad y de estricta observancia de los principios de mérito y capacidad con el fin de dotar de los efectivos suficientes para dar cobertura a la prestación de los servicios públicos correspondientes con garantías de calidad.

§ 95 Reintegro de prestaciones indebidas por desempleo y doctrina TEDH
Čakarević v. Croatia: ¿colmando o integrando lagunas normativas?

Juan Martínez Moya

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Murcia).

Resumen: La Sala de lo Social del Tribunal Supremo reitera la doctrina que establece la improcedencia de reintegrar cantidades indebidamente percibidas por el beneficiario de un subsidio de desempleo, al que no tenía derecho por falta de cotización, cuando la declaración del derecho a la prestación se debió a un error exclusivamente imputable al Servicio Estatal Público de Empleo. Los errores imputables únicamente a las autoridades no deben remediarse a expensas del ciudadano, especialmente si actuó de buena fe y si las cantidades percibidas cubrían necesidades básicas. Aplicación de la doctrina TEDH Čakarević v. Croatia).

Palabras clave: Reintegro. Prestaciones indebidas. Buena fe. Error. Servicio Público de Empleo Estatal. Situación de necesidad. Principio de buena gobernanza.

Abstract: La chambre du travail de la Cour suprême réitère la doctrine qui établit l'irrecevabilité du remboursement des allocation de chômage indûment perçues par le bénéficiaire d'une prestation de chômage, à laquelle il n'avait pas droit en raison d'un défaut de cotisation, lorsque la déclaration d'admissibilité à la prestation était due à une erreur imputable exclusivement au service public de l'emploi de l'État. Les erreurs imputables uniquement aux autorités ne doivent pas être réparées aux dépens du citoyen, surtout s'il a agi de bonne foi et si les sommes reçues couvraient les besoins essentiels. Application de la doctrine de la Cour européenne des droits de l'homme (Čakarević c. Croatie).

Keywords: Remboursement. Prestation indue. Bonne foi. Erreur. Service public de l'emploi de l'État. Situation personnelle. Principe de bonne gouvernance.

I. Introducción

En el año 2009, Aurelio Desdentado nos advertía que la regulación de la revisión de actos declarativos y reintegro de prestaciones indebidas era una ordenación legal compleja e insuficiente, que presentaba dificultades de interpretación y lagunas importantes^[1].

En la actualidad, probablemente, hay razones para mantener esa misma conclusión, aunque hayan acontecido algunos cambios normativos y una mayor conciencia aplicativa del control de convencionalidad.

Confirma este parecer la doctrina del TS (Social) de 15 de octubre de 2024 (ya corroborando su carácter reiterado^[2], pues es la cuarta sentencia) que justifica la improcedencia del reintegro derivado de subsidio de desempleo reconocido

indebidamente (por falta de carencia), al constatar que los errores son atribuibles exclusivamente al SEPE, y trasponer en el caso la doctrina contenida en la sentencia del TEDH de 28 de abril, de 2018 (Case of Čakarević v. Croatia)^[3]

que establece que la obligación de reembolsar las prestaciones por desempleo mal pagadas constituye una carga excesiva al ciudadano, si medió buena fe en el beneficiario y, en cambio, la autoridad pública no actuó a su debido tiempo, siéndole imputable el error en la concesión únicamente a ella, especialmente cuando no está en juego ningún otro interés privado en conflicto.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1186/2024, 15 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 806/2022.

ECLI: ES:TS:2024:5081

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

**Cuestión controvertida:*

La controversia casacional radica en determinar si el beneficiario debe reintegrar el subsidio asistencial de desempleo que le reconoció indebidamente el SEPE debido a un error de este organismo autónomo.

Cronológicamente ordenados, los datos del caso vienen conformados por los siguientes datos.

**Antecedentes administrativos*

- El SEPE reconoció al demandado el subsidio por desempleo para mayores de 55 años. Le abonó por este concepto 16.300,46 euros a lo largo de los años 2018 a 2021.

- En 2021, el SEPE consultó la base de datos de la vida laboral de este beneficiario y constató que no reunía el periodo mínimo de cotización exigido.

**Vía judicial*

+ Ante el juzgado de lo Social

- El SEPE interpuso demanda de revocación del derecho a la percepción del subsidio por desempleo. Solicitó el reintegro de 16.300,46 euros.

- El Juzgado de lo Social estimó en parte la demanda. Revocó el derecho a percibir el subsidio por desempleo pero desestimó la reclamación de reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

+ Ante la Sala de lo Social del TSJ

- El SEPE recurrió en suplicación.

- La *sentencia recurrida, dictada por el TSJ de Castilla y León con sede en Burgos 598/2021, de 11 de noviembre (recurso 539/2021)*^[4], estimó parcialmente el recurso del SEPE y condenó al demandado a reintegrar la cantidad de 16.300,46 euros

percibida por ese concepto hasta el 30 de marzo de 2021 sin perjuicio de las cantidades que hubiera podido percibir con posterioridad mientras se tramitaba el proceso. El TSJ descarta que fuera aplicable en la doctrina contenida la *sentencia del TEDH de 26 de abril de 2018*, proceso 48921/2013 (caso *Ėakarevi  contra Croacia*).

+ Ante la Sala de Social del TS

-El beneficiario interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina.

-La sentencia del TS (Social) de 15 de octubre de 2024 estima el recurso de casación para unificación de doctrina. Considera aplicable la sentencia del TEDH de 26 de abril de 2018 (caso *Ėakarevi  contra Croacia*), y declara que los errores imputables, únicamente, a las autoridades no deben remediarse a expensas del ciudadano, especialmente si actuó de buena fe y si las cantidades percibidas cubrían necesidades básicas.

IV. Posición de las partes

En vía judicial, en los tres niveles funcionales la posición de las partes en litigio ha sufrido varios giros derivados del signo de las decisiones judiciales en instancia (Juzgado de lo Social), en suplicación (Sala de lo Social del TSJ) y casación para unificación de doctrina (Sala Social del TS)

1.- *El beneficiario del subsidio por desempleo*: como demandado en la instancia; como parte recurrida en suplicación; como parte recurrida en casación.

Inicialmente, se opuso a la demanda sobre reintegro de prestaciones indebidas. En suplicación, se opuso al recurso del SEPE. En casación para unificación de doctrina, como recurrente articulando dos motivos: (a) infracción del *art. 1 del Protocolo Adicional del Convenio Europeo* de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas en la interpretación dada por la *sentencia del TEDH de 26 de abril de 2018*, proceso 48921/2013 (caso *Ėakarevi  contra Croacia*). Argumenta que el beneficiario no intervino en la producción del error que motivó la concesión de la prestación, por lo que no debe devolver las cantidades percibidas. (b) Infracción del *art. 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social* (en adelante LRJS), del *art. 41.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* y de los *arts. 7 y 3.2 del Código Civil*.

2. *El SEPE*: como demandante solicitó la revocación del derecho a la percepción del subsidio por desempleo y el reintegro de 16.300,46 euros; como recurrente en suplicación achac  a la sentencia infracción invocó a infracción del artículo 146 de la LRJS y del artículo 45 de la Ley General de la Seguridad Social.; como parte recurrida en casación para unificación de doctrina, presentó escrito de impugnación del recurso en el que niega que concurra el requisito de contradicción, alegando la falta de contenido casacional y argumentando que la sentencia recurrida es conforme a derecho.

3.- *El Ministerio Fiscal*, en casación, informó en contra de la estimación del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

+Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983.

+También se menciona la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, arts. 110, 219, 225, 235 y el Código Civil arts. 3 y 7

VI. Doctrina básica

- Es doctrina jurisprudencial reiterada, inspirada en la doctrina del TEDH (-sentencia 26 de abril de 2018- Case of Čakarević v. Croatia), que no procede el reintegro de prestaciones indebidas por desempleo cuando los errores en la concesión de una prestación incorrectamente concedida son atribuibles exclusivamente a las autoridades estatales, puesto que tales errores no deben remediarse, en principio, a expensas de la persona afectada, especialmente cuando no está en juego ningún otro interés privado en conflicto.
- El Tribunal Supremo aplica la mencionada doctrina del TEDH en atención a los siguientes aspectos:

(a) Las circunstancias del caso:

(i) El beneficiario no hizo ninguna alegación falsa o inexacta que indujera a error al SEPE, puesto que solicitó el subsidio de desempleo tras haber cumplido la edad exigida (55 años), no tener trabajo ni ingresos suficientes e informando al organismo autónomo de cuáles eran sus rentas;

(ii) El SEPE concedió el subsidio incurriendo en error porque consideró que el trabajador reunía el periodo de carencia de seis años, lo que no era cierto.

(iii) Ese organismo autónomo le abonó por este concepto 16.300,46 euros a lo largo de los años 2018 a 2021.

(iv) El SEPE consultó la base de datos de la vida laboral de este beneficiario y constató que no reunía el periodo mínimo de cotización exigido. El organismo autónomo interpuso demanda de revocación del derecho a la percepción del subsidio por desempleo, solicitando el reintegro de 16.300,46 euros.

(b) La naturaleza y finalidad del subsidio de desempleo:

El subsidio por desempleo satisface necesidades básicas de subsistencia del beneficiario, quien se encontraba sin trabajo y en una situación difícil, habida cuenta de sus escasos ingresos y su edad. En el caso, La cantidad percibida en concepto de subsidio por desempleo es muy modesta (entre 4.618,22 y 5.163,24 euros anuales), por lo que infiere que ha sido consumida por el beneficiario para afrontar sus gastos básicos de subsistencia.

- De estas circunstancias y consideraciones sobre la naturaleza y finalidad del subsidio de desempleo, el TS concluye:

(a) Que el reconocimiento indebido del subsidio por desempleo es imputable únicamente al SEPE. Pese a ello, se requirió al beneficiario para que devolviese íntegramente lo percibido. El SEPE evitó cualquier consecuencia de su propio error, lo que causa un grave perjuicio al beneficiario.

(b) El SEPE no puede hacer recaer toda la carga de su error sobre el beneficiario, toda vez que el TEDH sostiene que los errores atribuibles exclusivamente a las autoridades estatales no deben remediarse, en principio, a expensas de la persona afectada especialmente: 1º cuando no está en juego ningún otro interés privado en conflicto; 2º si actuó de buena fe el beneficiario; 3º si las cantidades percibidas cubrían necesidades básicas.

(c) A la vista de estas circunstancias, exigir el reintegro impondría una carga desproporcionada al beneficiario, de ahí que el SEPE debe asumir las consecuencias de su propio error en coherencia con el principio de buena gobernanza.

VII. Parte dispositiva

1º.- *Pronunciamiento principal:* (a)se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandante; (b) se casa y anula la *sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos 598/2021, de 11 de noviembre (recurso 539/2021)*; y (c) resuelve el recurso de suplicación interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal contra la *sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Ávila de fecha 28 de junio de 2021, procedimiento 291/2021* en el sentido de desestimar el recurso de tal clase y confirmar la sentencia de instancia, que desestimó la demanda presentada por el SEPE solicitando el reintegro de prestaciones económicas percibidas por subsidio de desempleo.

2º. *Pronunciamiento accesorio:* no hay condena al pago de costas

VIII. Pasajes decisivos

“PRIMERO.- 1.- La controversia casacional radica en determinar si el beneficiario debe reintegrar el subsidio asistencial de desempleo que le reconoció indebidamente el SEPE debido a un error de este organismo autónomo. [...]”

“CUARTO.- 1.- La *sentencia del TEDH de 26 de abril de 2018* , proceso 48921/2013 (caso *Ėakarevi  contra Croacia*) interpretó el *art. 1 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* . Ese precepto reconoce el derecho de toda persona física o moral al “respeto de sus bienes”. [...]

Recuerda el TEDH su jurisprudencia de que los errores imputables únicamente a las autoridades estatales no deben, en principio, remediarse a expensas de la persona afectada, y que, cuando se trata de una cuestión de interés general, incumbe a las autoridades públicas actuar a su debido tiempo, de manera adecuada y coherente. El TEDH afirma que, en el supuesto, las autoridades incumplieron este principio de “buena gobernanza”.

A pesar de que las prestaciones por desempleo que la demandante no debería haber percibido eran enteramente el resultado de un error del Estado, se requirió a la demandante el reembolso íntegro, de manera que no se declaró ninguna responsabilidad del Estado, que evitó cualquier consecuencia de su propio error y toda la carga recayó únicamente en la demandante.

[...]

QUINTO.- 1.- Esos argumentos son aplicables a esta litis:

a) El beneficiario no hizo ninguna alegación falsa o inexacta que indujera a error al SEPE. Cuando cumplió la edad exigida (55 años), al no tener trabajo ni ingresos suficientes, solicitó el subsidio por desempleo informando al organismo autónomo de cuáles eran sus rentas.

b) El mentado subsidio por desempleo satisface necesidades básicas de subsistencia del beneficiario, quien se encontraba sin trabajo y en una situación difícil, habida cuenta de sus escasos ingresos y su edad.

c) La cantidad percibida en concepto de subsidio por desempleo es muy modesta (entre 4.618,22 y 5.163,24 euros anuales), por lo que debemos inferir que ha sido consumida por el beneficiario para afrontar sus gastos básicos de subsistencia.

d) El reconocimiento indebido del subsidio por desempleo es imputable únicamente al SEPE. Pese a ello, se requirió al beneficiario para que devolviese íntegramente lo percibido. El SEPE evitó cualquier consecuencia de su propio error, lo que causa un grave perjuicio al beneficiario.

Por consiguiente, el SEPE ha hecho recaer toda la carga de su error sobre el beneficiario. El TEDH sostiene que los errores atribuibles exclusivamente a las autoridades estatales no deben remediarse, en principio, a expensas de la persona afectada, especialmente cuando no está en juego ningún otro interés privado en conflicto.”

IX. Comentario

1. Un comprimido comentario a la sentencia del TS seleccionada, aconseja poner la mirada retrospectiva en los puntos críticos en que se asienta la materia sobre el reintegro de prestaciones indebidas en materia de seguridad social, y en particular, de prestaciones por desempleo. Nos ayudará a desvelarlos quien fuera magistrado del TS, Aurelio Desdentado^[5]. Enseguida vamos a ello. No sin antes reparar en tres extremos: 1º que las respuestas de los Tribunales, en todos los niveles, ha sido muy rica y variada^[6]; 2º que la sentencia que examinamos se ocupa – subrayemos – de unificar doctrina (fin nomofilático) sobre la procedencia o no del reintegro de prestaciones indebidas por desempleo cuando quedó constatado que el error en la concesión de la prestación exclusivamente fue imputable al organismo autónomo (SEPE), gestor de la prestación, y no al beneficiario; y 3º que la sentencia del TS aplica la doctrina TEDH *Case of Čakarević v. Croatia*, resolución que viene suscitando en las Salas Social de los Tribunales Superiores de Justicia una acusada y especial ponderación casuística según las circunstancias del caso, lo que ha provocado una divergencia aplicativa.

2. Pues bien, Aurelio Desdentado^[7] nos decía: (a) que la revisión de los actos declarativos del derecho a las prestaciones y su reintegro están relacionados: el reintegro es normalmente la consecuencia económica de la revisión y ésta no es más que un caso particular de la revisión de los actos administrativos de la gestión de la Seguridad Social; (b) encontrándose, la revisión de actos declarativos de derechos en perjuicio de los beneficiarios y el reintegro de prestaciones indebidas, en una relación de accesoriedad, ya que, la revisión y reintegro operan en unidad de acto, la revisión tiene efectos en el presente y hacia el futuro, aunque también puede tenerlos hacia el pasado si la anulación del acto se produce ex tunc, de forma total o parcial y, si eso es así, la revisión conduce necesariamente al reintegro) que la regulación principal de esta materia se encuentra de forma anómala en regulada en una disposición procesal – actual art. 146 LRJS- pero también la Ley General de la Seguridad Social, vigente art. 55, y en determinados preceptos de desarrollo reglamentario^[8]; y (c) por todo ello, estamos ante una regulación que presenta dificultades de interpretación y lagunas importantes, puesto que su complejidad aumenta al adicionarse otros factores tales como las regulaciones específicas para algunos supuestos (incompatibilidades de la prestación por desempleo, topes máximos y revalorizaciones de pensiones); o la incidencia que puede derivar de la regulación de otras materias como la revisión de la incapacidad permanente.

3. Descendiendo al caso que contempla la sentencia analizada, advertimos, según la doctrina que hemos sintetizado en otro lugar del presente comentario, que nuestro Alto Tribunal ofrece respuesta a la cuestión salvando la insuficiencia y laguna normativa de nuestro ordenamiento para introducir elementos de ponderación determinantes del (no) reintegro, pese a la corrección de la revisión del acto administrativo. Laguna o insuficiencia que se ve colmada importando, en una suerte de canon reforzado de convencionalidad, la doctrina contenida en la sentencia del TEDH, sentencia de 28 de abril, de 2018. (*Case of Čakarević v. Croatia*)^[9] que daba respuesta al caso de la señora Čakarević, desempleada y con mala salud, que había percibido prestaciones por desempleo sin tener derecho a su devengo, y tras detectar esta situación las autoridades le reclaman el reintegro de las mismas, pero el TEDH constata que la beneficiaria no hizo nada para engañar a la oficina de empleo sobre su situación, de ahí que decida concluir que la obligación de reembolsar las prestaciones por desempleo indebidamente abonadas constituía una carga excesiva, violando el artículo 1 del Protocolo nº 1 (protección de la propiedad) de la Convención europea de derechos del hombre.

4. Las cuestiones que subyacen en la cristalización de este criterio jurisprudencial, suscitan otras reflexiones que conviene hacer sobre normativa cuya cita explícita no emerge en la sentencia:

(1) Por una parte, el art. 55.1 LGSS/2015, que bajo la rúbrica Reintegro de prestaciones indebidas, dispone: *“1. Los trabajadores y las demás personas que hayan percibido indebidamente prestaciones de la Seguridad Social vendrán obligados a reintegrar su importe. 2. Quienes por acción u omisión hayan contribuido a hacer posible la percepción indebida de una prestación responderán subsidiariamente con los perceptores, salvo buena fe probada, de la obligación de reintegrar que se establece en el apartado anterior. 3. La obligación de reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los cuatro años, contados a partir de la fecha de su cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la entidad gestora. 4. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la responsabilidad administrativa o penal que legalmente corresponda.”*

(2) Por otro lado, el instrumento procesal previsto en el art. 146 LRJS, que recoge una submodalidad procesal (dentro de la modalidad procesal de las prestaciones de la Seguridad Social del Capítulo VI del Título II del Libro II de la LRJS). Las entidades gestoras o servicios comunes no pueden revisar por sí mismos en perjuicio del beneficiario los actos declarativos de derechos. La prohibición no es a la revisión, sino a la revisión unilateral; de ahí que deban acudir a la vía judicial presentado la demanda ante el Juzgado de lo Social competente contra el beneficiario. Esta imposibilidad de revisión de oficio no alcanza a la mera revisión o rectificación de errores materiales o de hecho o aritméticos, así como a la que derive de la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, a los actos en materia de protección por desempleo y por cese de actividad de los autónomos, y a los actos de reconocimiento de una prestación de muerte y supervivencia motivada por condena al beneficiario por delito de homicidio cuando la víctima sea el sujeto causante de la prestación (art. 146.2 LJS). En todo caso, en muchos supuestos, es difícil valorar si se está en este supuesto o en una auténtica revisión, por lo que la admisión de esta posibilidad debe valorarse de forma muy estricta, pues la imposibilidad de revisión de oficio garantiza la seguridad jurídica y por tanto cualquier actuación que la flexibilice debe ser de aplicación restrictiva frente a la regla general de la imposibilidad de revisar de oficio. Una interpretación amplia de estos supuestos excepcionales conduciría a unas facultades revisoras enormes y, por tanto, inadmisibles^[10].

(3) El art. 10.2 de la Constitución [*“2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*].

5. Estamos ante una doctrina jurisprudencial que depura y complementa interpretativamente los artículos 55.2 de la LGSS y el artículo 146 LRJS

Sentado este panorama normativo implícito, el Tribunal Supremo está complementado la interpretación del art. 146 LRJS y lo dispuesto en el art. 55 LRLGSS. Este último precepto regula los supuestos de reintegro y sus excepciones (*“salvo buena fe probada”*). La aplicación directa de la doctrina del TEDH atenúa, o mejor, margina, la carga de probar la buena fe que establece nuestro ordenamiento jurídico nacional. Las sentencias del TEDH hay que afirmar que son obligatorias porque los Estados parte se han comprometido a acatarlas en los litigios en los que sean parte (art. 46.1 CEDH), y tienen dos efectos: (1º) El de cosa juzgada respecto del Estado demandado. Con todo, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que la jurisprudencia del TEDH (toda ella, es decir, no únicamente aquella recaída en procesos donde nuestro país haya, sido parte) *“no sólo ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales”* sino que también *“resulta de aplicación inmediata en nuestro*

ordenamiento" (STC 303/1993, de 25 de octubre). (2º) El de cosa interpretada con efectos erga omnes respecto de todos los Estados parte. De ahí su aplicación en el caso examinado. Sin que podamos desconocer que el artículo 5 bis de la LOPJ asegura un cauce judicial adecuado para lograr la efectividad y hacer cumplir futuras decisiones del TEDH, de esta forma este artículo cuando establece que: "Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. En desarrollo de este precepto (cfr. art. 236 la LRJS).

X. Apunte final

*En el haber de esta doctrina jurisprudencial: *la seguridad jurídica* para supuestos sustancialmente análogos. Ante la manifiesta divergencia de criterios de las Salas de lo Social de los TSJ que vienen haciendo una interpretación de la doctrina *Case of Čakarević v. Croatia* fijándose más en los elementos circunstanciales de la situación (situación personal -de salud-, familiar, y económica- del beneficiario) para contrastarla con el caso del TEDH, el TS español, trae esta doctrina, quedándose fundamentalmente con los elementos objetivos (el error imputable a la Administración en la concesión del subsidio de desempleo, junto con la ausencia de información inexacta por parte del beneficiario y el principio de "*buena gobernanza*") para, después, conectarlos, ya de un modo más abierto en su contextualización, incluso con juicios de inferencia, con la situación económica y personal del perceptor.

Con ocasión de las sentencias TS, Social, 4 de abril de 2024, rcud 1156/2023, seguida por la de 29 de abril 2024, rcud 858/202, dictadas a las que se remite la que comentamos, el profesor Vivero Serrano, apuntó que esta jurisprudencia suponía un *jaque mate* al reintegro de prestaciones de seguridad social indebidamente percibidas por error de la Administración^[11]; incluso llamando la atención a que dichas sentencias no fueran del Pleno o Sala General.

*Ahora bien, siendo esto así, puede que este *jaque mate* se vea diferido en un contexto de abrumadora litigiosidad y no se mida en términos de rendición fácil por el Organismo autónomo tratándose de Administración Pública. Esa seguridad jurídica predicable y vinculante inmediatamente para los Tribunales laborales ¿tiene intensidad equivalente para la Administración? ¿impacta y puede ser el criterio judicial asumido del mismo modo para el SEPE, ante la multiplicidad de casos entreverados de circunstancias sobre las que haya motivado la decisión de acudir a la revisión y reintegro? En pocas palabras, la interpretación que el TS hace de la doctrina *Čakarević v. Croatia* hasta qué punto resulta disuasoria para la Administración a la hará de seguir manteniendo sus demandas ante los Juzgados de lo Social (y en su caso recursos en trámite) o iniciar nuevos procedimientos de reintegros de prestaciones.

El profesor Mercader Uguina afirma que una prestación indebidamente percibida consiste en la percepción de aquella tras extinguirse o modificarse el derecho a su cobro por causas múltiples.^[12] Esta puntualización sobre las "varias causas" determinantes de la indebida percepción, nos sugiere la siguiente reflexión a la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta. Si el TS parece consolidar una doctrina donde el error imputable a la Administración en la concesión de la percepción del desempleo viene conformado por elementos negativos (no haber mediado información inexacta u ocultación de datos por parte del beneficiario) y otros elementos positivos (la situación de necesidad del beneficiario situación y que la inferencia de que con el subsidio el perceptor cubrió necesidades básicas), qué ocurriría en aquellos casos en los que constando también error en la concesión imputable a la Administración, la situación de estado de necesidad vital es más dudosa o menos clara. Por ejemplo, porque el

beneficiario era perceptor de una pensión de incapacidad permanente o de otra clase de prestación o rentas, sobre la que en la solicitud inicial del subsidio nada se dijo o bien la Administración no le informó. O concurriendo dicho error imputable, pudo o no tener cabida el mecanismo de la opción ante la (in)compatibilidad de prestaciones.

Nuestro Alto Tribunal, parece ser consciente de ello, porque la *sentencia del TS (Social) de 26 de junio de 2023*^[13]— bien es cierto que inadmitiendo la contradicción, pero con profusión argumental— precisaba que "la conducta de los afectados es un dato muy relevante en el análisis que realiza la STEDH 26 de abril de 2018 (caso *Cakarevic v. Croacia*)" a la hora de aplicar o no la doctrina de dicha sentencia.

Habrà que seguir atentos a nuevas decisiones que enriquecerán la casuística.

Referencias:

1. ^ DESDENTADO BONETE, Aurelio. *Revisión de actos declarativos del derecho a las prestaciones y reintegro de prestaciones indebidas* En: *Los problemas generales de la acción protectora de la Seguridad Social en la unificación de doctrina / Aurelio Desdentado Bonete, Carmen Murillo García Aurelio Desdentado Bonete, Carmen Murillo García -- Cizur Menor, Navarra : Aranzadi, 2009. -- 272 p. ; 24 cm. -- (Monografías Aranzadi ; 602. Derecho laboral)*
2. ^ Sentencias del TS 530/2024, de 4 de abril (rcud 1156/2023) ; 631/2024, de 29 abril (rcud 1158/2023) y 812/2024, de 30 mayo (rcud 1093/2023), entre otras, examinaron sendos supuestos en los que se había acordado una reducción de jornada del 75% en el periodo de consultas de un ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción como consecuencia del COVID-19. El SEPE reconoció la prestación por desempleo. Posteriormente, el organismo autónomo comunicó al beneficiario la propuesta de revocación de prestaciones por desempleo porque la reducción de su jornada laboral superaba el 70%.
3. ^ Sentencia TEDH de 26 de abril de 2018, Rec. 48921/2013 ECLI: CE:ECHR:2018:0426JUD004892113
4. ^ ECLI:ES:TSJCL:2021:4005
5. ^ DESDENTADO BONETE, Aurelio. Op. cit. Pág. 197.
6. ^ LLUCH CORELL, Javier. *El reintegro de prestaciones indebidas en materia de desempleo. Respuestas de los Tribunales*. Revista de Jurisprudencia. El Derecho, 15 de enero de 2020, núm.1. EDC/2020/500245.
7. ^ DESDENTADO BONETE, Aurelio. Op. cit. Pág. 197.
8. ^ Art. 80 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social; Real Decreto 148/1996, de 5 de febrero, por el que se regula el procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas; Orden de 18 de julio de 1997 para el desarrollo del Real Decreto 148/1996, de 5 de febrero, por el que se regula el procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas.
9. ^ Sentencia TEDH de 26 de abril de 2018, Rec. 48921/2013 ECLI: CE:ECHR:2018:0426JUD004892113

10. ^ RODRÍGUEZ PASTOR, GUILLERMO E. *Derecho de la Seguridad Social II. Directores. Remedios Roqueta Buj. Jesús García Ortega.Tirant lo blanch. Valencia, 2024. Págs. 425 y 426.*
11. ^ VIVERO SERRANO, Juan B., *Jaque mate al reintegro de prestaciones indebidamente percibidas por error de la Administración. El control de convencionalidad a cargo del Tribunal Supremo. Briefs AEDTSS, 57, 2024*
12. ^ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael. *Capítulo X. Los procedimientos de reintegro de prestaciones indebidas. En: Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social : (Efectos de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sectores Público) / Jesús R. Mercader Uguina; prólogo Luciano Parejo Alfonso -- Cizur Menor, Navarra : Thomson Reuters Aranzadi, 2017. -- 351 p. ; 23 cm. -- (Monografías Aranzadi ; 863. Derecho laboral). Pág. 283*
13. ^ ECLI:ES:TS:2023:2997

§ 96 La apropiación indebida de cupones descuento destinados a los clientes es causa de despido disciplinario, sin importar el valor económico de lo apropiado.

Faustino Cavas Martínez

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

Resumen: La Sala Cuarta del TS considera que incurre en causa de despido disciplinario, por transgresión de la buena fe contractual y pérdida de confianza, la trabajadora de un centro comercial que retiene y canjea en beneficio propio unos vales descuento dirigidos a los clientes. Así está previsto en el convenio colectivo sectorial de grandes almacenes, siendo irrelevante el escaso valor económico de lo defraudado.

Palabras clave: Despido disciplinario. Infracción del deber de buena fe. Pérdida de confianza. Principio de proporcionalidad.

Abstract: The Fourth Chamber of the Supreme Court considers that worker of a shopping centre who retains and redeems discount vouchers addressed to customers for her own benefit incurs a cause for disciplinary dismissal, for breach of contractual good faith and loss of trust. This is provided for in the sectoral collective agreement for department stores. The economic value of what has been defrauded is irrelevant.

Keywords: Disciplinary dismissal. Breach of the duty of good faith. Loss of trust. Principle of proportionality.

I. Introducción

La Sala Cuarta del TS, en su reciente sentencia de 15 de octubre de 2024 (rcud. 4484/2023), tras verificar que concurre el requisito de contradicción exigido por el art. 219 de la LRJS, ha confirmado la procedencia del despido de una empleada de supermercado que se apropió de vales descuento destinados exclusivamente a los clientes. Este pronunciamiento reafirma la importancia del deber de buena contractual en el desenvolvimiento de la relación laboral y se inscribe en una línea doctrinal ya muy consolidada del alto tribunal que resta importancia al valor económico de lo sustraído a la hora de ponderar la gravedad (la culpa no se discute) de la conducta infractora, otorgando mayor relevancia a la pérdida de confianza de la empresa en el trabajador (menoscabo no mensurable), siendo además un comportamiento que se encuentra expresamente tipificado como posible motivo de despido disciplinario en el convenio colectivo aplicable.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1195/2024, de 15 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUD núm. 4484/2023.

ECLI: ES:TS:2024:5084.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Como se ha anticipado, la cuestión que en este caso se somete al pronunciamiento unificador del TS consiste en determinar si la apropiación indebida por la trabajadora de un supermercado de unos vales descuento pertenecientes a los clientes, constituye motivo suficiente para calificar el despido como procedente si así se prevé en el régimen disciplinario del convenio colectivo aplicable o si, por el contrario, debe ser calificado como despido improcedente por el escaso valor de lo indebidamente sustraído.

En la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia se refleja que la trabajadora, de profesión cajera en un conocido centro comercial, el día 9 de octubre de 2021, a las 16:45 horas, estando trabajando en el turno de la tarde, atendió a una cliente del hipermercado que realizó una compra, pasando a la finalización de la misma la tarjeta del Club C..., generándose el correspondiente ticket de compra y el vale descuento promoción "ANIVERSARIO" por valor de 3 euros, que no le fue entregado por la empleada. Posteriormente, el mismo día 9 de octubre de 2021 la actora atendió a otra cliente a las 17,15 horas en la misma caja, también socia del Club C..., generándose por dicha compra el ticket de compra y un vale descuento promoción "ANIVERSARIO" por valor de 9 euros, que la cliente no pudo disfrutar porque no le fue entregado.

A continuación, el día 16 de octubre de 2021 la trabajadora efectuó una compra personal, en la que aplicó los dos descuentos promocionales antes referidos.

La empresa tuvo conocimiento de estos hechos porque una de las dueñas legítimas de los cupones acudió al hipermercado reclamando que no había podido aplicar el cupón descuento de 9 euros. Fue entonces cuando la coordinadora que la atendió constató que ese cupón ya había sido utilizado en ese mismo hipermercado, y tras las averiguaciones oportunas se constató que había sido aplicado por la trabajadora, junto con el otro cupón de 3 euros, en una compra que ella misma se había cobrado.

Esta acción motivó que la empresa acordara su despido disciplinario el 6 de noviembre de 2021, después de haber dado audiencia al delegado sindical del sindicato al que pertenecía la empleada, por considerar que tal conducta suponía "un quebranto manifiesto del deber de buena fe contractual, el cual se configura como un elemento fundamental que ha de presidir toda la relación laboral, así como una vulneración de la lealtad debida que, evidenciando un abuso por su parte de la confianza depositada en Ud. por la Compañía, junto con una evidente ausencia de los valores éticos que rigen en esta, derivan de la pérdida de la confianza que se le había brindado, lo que conduce, inevitablemente, a la imposibilidad de mantenimiento de toda relación laboral"; con mención expresa de los preceptos estatutarios y convencionales que legitimaban tal decisión extintiva (art. 54.2, apartados b) y d), del ET y arts. 54 y 55 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes).

Según se recoge en la normativa y políticas de obligado cumplimiento en la Compañía y las condiciones de uso vigentes, los cupones, descuentos y promociones a los que se puede acceder -por ejemplo, en las compras realizadas-, únicamente pueden ser utilizados por los clientes a los que se les expiden, siendo de titularidad

exclusiva de los mismos y de carácter personal e intransferible, no estando permitida su cesión, entrega o utilización por persona distinta del titular de los cupones, descuentos y promociones, y menos aún por empleados que se apropien de los mismos por no ser de su propiedad.

Pese a ello, el Juzgado de lo Social núm. 5 de Almería falló a favor de la trabajadora, declarando el despido improcedente por considerar que, aunque los hechos están probados, la cuantía de los cupones utilizados (12 euros en total) era insuficiente para justificar la gravedad requerida para un despido disciplinario. El Juzgado otorgó a la empresa la posibilidad de optar entre readmitir o indemnizar a la trabajadora con 15.384,85 euros, tal y como marca el art. 56 del ET.

Sin embargo, la empresa recurrió en suplicación ante el TSJ de Andalucía (Granada) que rectificó la sentencia y declaró el despido procedente, basándose en que la apropiación indebida de descuentos destinados a los clientes constituye una falta muy grave según el art. 55.2 del Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes y el art. 54.2.d) del ET. El TSJ andaluz entendió que la conducta de la empleada había quebrantado de forma manifiesta y grave la buena contractual y la confianza depositada en ella por la empresa.

1. Posición de la partes recurrente y recurrida

Disconforme con este pronunciamiento, la trabajadora despedida interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León-Valladolid, de fecha 24 de octubre de 2022 (rec. suplicación 2014/2022).

La actora aduce en su recurso que la sentencia impugnada ha infringido por inaplicación lo establecido en los arts. 54.2 y 55.4 ET, los arts. 55.2 y 14 y 57.3 del Convenio Colectivo de ámbito Estatal de Grandes Almacenes 2020-2021 y el art. 108.1 LRJS, con relación a la jurisprudencia de la Sala explicitada en varias sentencias, que identifica y utiliza en la argumentación del recurso.

En la resolución del tribunal castellano y leonés que la recurrente aporta como contraste se afirma, en relación con un supuesto muy similar ocurrido en la misma empresa, que la conducta de la trabajadora no revestía la gravedad suficiente para ser merecedora de la sanción de despido que le fue impuesta. Ello se fundamentó en que la trabajadora ostentaba una antigüedad de 31 años, sin que se acreditase que durante este tiempo hubiera recibido sanción, amonestación o corrección de ningún tipo. En segundo lugar, no se trataba de una conducta realizada a lo largo del tiempo, sino que aconteció solamente en dos ocasiones puntuales. Por otra parte, a pesar de ser consciente la trabajadora de la prohibición de utilizar un cupón de descuento perteneciente a un cliente, el TSJ tuvo en cuenta el escaso importe de los cupones (21,09 € en total).

No hubo impugnación del recurso de casación para la unificación de doctrina, por falta de personación de la parte demandada.

2. Posición del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal, en su preceptivo informe, consideró el recurso improcedente y solicitó la confirmación de la sentencia recurrida, entendiendo que había causa suficiente de despido disciplinario.

IV. Normativa aplicable al caso

-El artículo 54.2 d) ET considera incumplimiento contractual grave: "la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo". Previamente, el mismo precepto ha dicho en su apartado a) que se considera incumplimiento contractual grave sancionable con el despido "La indisciplina o desobediencia en el trabajo".

- Por su parte, el art. 55.2 del Convenio colectivo estatal del sector de grandes almacenes 2021-2022, aplicable al caso por razones temporales, dispone que constituyen faltas muy graves, entre otras, las siguientes: "2. El fraude, aceptación de recompensas o favores de cualquier índole, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas y el hurto o robo tanto a la empresa como a los/las compañeros/as de trabajo o a cualquier otra persona dentro de las dependencias de la empresa o durante el trabajo en cualquier otro lugar, así como la apropiación indebida de muestras promocionales o cualquier otro tipo de artículo, descuento o beneficio destinado a clientes, con independencia de que tenga o no valor de mercado. Hacer negociaciones de comercio o industria por cuenta propia o de otra persona, venderse o cobrarse a sí mismo, sin expresa autorización de la empresa". El art. 56 del referido convenio dispone que "Corresponde a la Dirección de la empresa la facultad de imponer sanciones en los términos de lo estipulado en el presente Convenio". Y el art. 57 establece que las sanciones a imponer en caso de faltas muy graves serán: "Desde la suspensión de empleo y sueldo de dieciséis a sesenta días hasta la rescisión del contrato de trabajo en los supuestos en que la falta fuera calificada en su grado máximo".

V. Doctrina básica

Pese a la extraordinaria dificultad de superar el filtro de la contradicción (presupuesto inexorable para poder establecer la buena doctrina) cuando se trata de enjuiciar despidos disciplinarios (ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en los casos de calificación de los despidos como procedentes o improcedentes la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite establecer criterios generales de interpretación), la Sala Cuarta ha estimado que sí concurre en este recurso la contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 LRJS por cuanto en ambas sentencias (recurrida y de contraste), se trata de sendas trabajadoras -cajeras de supermercado- que prestan servicios en la misma empresa y que hicieron uso de vales descuento promocionales de clientes y de uso exclusivo para ellos, de escaso valor económico y habiendo recibido información sobre la prohibición de la apropiación y utilización de tales vales descuento, siendo así que la sentencia impugnada considera el despido procedente mientras que la aportada como contradictoria lo califica como improcedente.

Se reafirma la Sala en su criterio, ya muy consolidado, de que la negociación colectiva puede concretar o especificar los incumplimientos contractuales genéricos establecidos en el art. 54.2 del ET, como ha ocurrido en este caso con el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, que tipifica como falta muy grave la apropiación indebida por los trabajadores de ventajas promocionales, vales o descuentos reservados a los clientes, con independencia de su valor de mercado. No es el valor económico de lo apropiado indebidamente, sino la pérdida de confianza y la transgresión de la buena fe contractual, sumado todo ello a la difícil situación en la que se ha colocado al resto de empleados del establecimiento, lo que justifica la sanción adoptada por la empresa y su expulsión de la organización. Además, la trabajadora despedida había sido informada expresamente sobre la prohibición de hacer una utilización indebida de los vales descuento dirigidos a la clientela, incurriendo con su comportamiento en desobediencia grave.

VI. Parte dispositiva

La STS 1995/2024 desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora, confirmando la sentencia recurrida, sin imposición de costas.

VII. Pasajes decisivos

El Tribunal Supremo recuerda en esta sentencia que la apropiación de dinero (STS de 17 de julio de 1989) o de productos de la empresa, incluso aunque se realice en un centro de la propia empresa al que no esté adscrito el trabajador y fuera de su jornada

laboral, siempre que se cause un perjuicio a la empresa y tenga algún tipo de vinculación con el contrato de trabajo (STS 699/2017, de 21 de septiembre, rcud. 2397/2015) han constituido para la jurisprudencia una especificación de la genérica transgresión contractual establecida en el artículo 54.2.d) ET consistente en transgresión de la buena fe contractual.

Esta causa genérica de despido ha sido concreta a través de la negociación colectiva. En particular, el Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes, a través del régimen de infracciones y sanciones disciplinarias previsto en el mismo, ha considerado que una concreta conducta -la apropiación indebida de descuentos o beneficios destinados a clientes - constituye infracción disciplinaria muy grave, sancionable con la rescisión del contrato “con independencia de que tenga o no valor de mercado”. En consecuencia, la conducta de la trabajadora tiene pleno encaje en la previsión tipificada como falta muy grave en el régimen disciplinario del convenio colectivo aplicable, habiendo sido las partes negociadoras las que han diseñado la infracción de referencia y las que, en atención a las circunstancias de la actividad que regulan, han decidido calificar de muy grave la referida conducta con independencia del valor de mercado de lo apropiado.

La Sala evoca como precedente su STS 750/2023, de 17 de octubre (rcud. 5073/2022), donde declaró que “el deber de actuar conforme a las reglas de la buena fe que el art. 5. a) ET impone a los trabajadores como uno de los deberes laborales básicos a los que deben ajustar su actuación - y reitera el artículo 20.2 ET al disponer que el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe-, es uno de los pilares sobre el que descansa la prestación laboral y de ahí que el legislador la configure en el art. 54.2 letra d) ET como incumplimiento contractual que puede ser objeto de sanción disciplinaria por el empresario”. Subraya el alto tribunal que cuando el trabajador se apropia de bienes de la empresa en un supermercado, o se apropia de vales descuentos de uso exclusivo de los clientes “no es solo que con ello cause un perjuicio económico directo a la empresa, sino que compromete además la situación personal de los trabajadores que prestan servicio en el establecimiento en el que estaba hurtando los productos o apropiándose indebidamente de descuentos o beneficios destinados exclusivamente a clientes.”

Con todo, “y al margen del mayor o menor perjuicio económico que suponga el valor de los objetos o vales apropiados”, señala el Tribunal, “lo más relevante es sin duda que una vez detectada esa conducta, difícilmente puede sostenerse que no se haya quebrado la confianza que la empresa deposita en la trabajadora que ocupa un puesto de trabajo como cajera.”

Y por escasa complejidad que tenga, en apariencia, la realización de un acto como el de apropiarse de los vales descuento destinados de manera exclusiva a clientes, cuyas circunstancias fueron expresamente advertidas, “el dato cierto y objetivo que no puede desconocerse, es que ha actuado intencionadamente y de forma deliberada en perjuicio de su empresa y de los clientes afectados, con independencia del valor económico de lo sustraído, con la realización de una conducta ilícita y manifiestamente contraria a derecho, lo que es bastante, en este concreto caso, para constatar una reproable acción, que faculta y legitima a la empresa para sancionar su conducta, de conformidad, con lo previsto al efecto en el convenio colectivo de aplicación.”

Todo ello sin olvidar que, antes del inicio de la campaña de descuentos para los clientes, la empresa informó expresamente de la imposibilidad de que ningún trabajador pudiera hacer uso de los vales descuentos de los clientes. Ello implica, termina diciendo la Sala Cuarta, que “a efectos de considerar la adecuación de la sanción, haya que tener en cuenta, además de la reseñada deslealtad y fraude de la conducta sancionada, que la misma implica una flagrante desobediencia a las ordenes e instrucciones dictadas por la empresa en el uso regular de sus facultades de organización y dirección”.

VIII. Comentario

La fundamentación de la STS 1195/2024 se construye sobre dos pilares básicos.

El primero de ellos es el reconocimiento de la capacidad que asiste a la autonomía colectiva para tipificar los incumplimientos contractuales de los trabajadores que pueden justificar una decisión empresarial de despido disciplinario, por vía de especificación o concreción de las causas de despido genéricamente recogidas en el art. 54 del ET. Esta tipificación especificativa resulta especialmente conveniente en relación con la concreta causa de despido contenida en el apartado d) del mencionado precepto, la transgresión del deber de buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, que aparece definida en la norma de forma ambigua y extraordinariamente abierta, actuando como un verdadero “cajón de sastre” en el que las empresas pueden subsumir cualesquiera incumplimientos graves y culpables de sus empleados no incardinables en ningún de sus otros cuatro apartados. Obviamente, esta tipificación convencional habrá de ajustarse al principio de proporcionalidad que preside el derecho sancionador, a fin de no incurrir en abusos ni en un ejercicio arbitrario del poder disciplinario que posibilite a las empresas prescindir del trabajador ante la comisión de cualquier falta, por leve que esta sea. Dígase, además, que una empresa también podrá despedir acogidos directamente a la causa disciplinaria expresada en el art. 54.2.d) del ET, aunque no exista una previsión convencional que integre explícitamente la infracción cometida por el trabajador en dicho pasaje legal, pues no cabe exigir al convenio colectivo una relación circunstanciada, exhaustiva y excluyente de los comportamientos constitutivos de transgresión de la buena fe contractual y fraude o abuso de confianza merecedores de la máxima sanción laboral, al ser la casuística inabarcable.

El segundo aspecto interesante de esta sentencia es la valoración que realiza sobre la gravedad de la conducta infractora, sin tener en cuenta el escaso valor de mercado de los descuentos que la trabajadora se ha apropiado indebidamente, con perjuicio para la empresa y para los clientes. El Tribunal Supremo remarca que, aun cuando el importe sea bajo, la acción constituye una ruptura grave de la confianza que debe concurrir en las relaciones laborales, por ambas partes del contrato. Dicho de otro modo, cuando la confianza se pierde, se pierde del todo, no siendo razonable exigir a la empresa mantener entre sus efectivos a una persona bajo la sospecha permanente de que pueda incurrir en nuevos y más graves incumplimientos. En definitiva, el valor económico no minimiza la gravedad de una conducta fraudulenta que rompe la confianza, a lo que cabe añadir el daño reputacional que puede ocasionarse a la empresa de cara a la clientela, y la clara desobediencia que este caso se produce de una instrucción expresa del empleador, con lo que habría un concurso de faltas (incardinables en los apartados b) y d) del art. 54 ET).

IX. Apunte final

Cabe recordar cómo esta y otras sentencias que han resuelto asuntos similares (caso de la STS de 17 octubre 2023) enfatizan la circunstancia de que han sido las partes negociadoras del convenio colectivo los que “han diseñado la infracción de referencia y las que, en atención a las circunstancias de la actividad que regulan, han decidido calificar de muy grave la referida conducta con independencia del valor de lo apropiado”. Diríase que este hecho ha sido determinante a la hora de calificar el despido como procedente. La pregunta que cabe formularse de inmediato es qué límites, si los hay, pesan sobre la autonomía colectiva a la hora de configurar el régimen disciplinario sobre los trabajadores. ¿Tienen plena libertad de actuación los sujetos negociadores del convenio colectivo a la hora de desarrollar el mandato contenido en el art. 58.1 del ET, más allá de la imposibilidad de ampliar las causas de despido recogidas en su art. 54?

Puede ser interesante reflexionar acerca de si la solución adoptada por la Sala Cuarta habría sido la misma caso de no venir expresamente tipificada en el convenio colectivo como falta muy grave la conducta consistente en la apropiación indebida de productos, vales descuento u otros bienes de la empresa, con independencia de su

valor económico. ¿La teoría gradualista podría abrirse paso en ese contexto de ausencia de tipificación convencional, tomando en consideración el importe de lo defraudado, la reiteración de la conducta y/o la afectación a terceros? ¿La regulación convencional es un obstáculo insalvable al juego de dicho principio?

Para considerar que la gravedad del incumplimiento contractual justifica la decisión extintiva del empresario, reiterada jurisprudencia viene sosteniendo que debe atenderse no solo al dato objetivo del incumplimiento producido, sino también a las circunstancias en que se produzca, el ámbito o medio de trabajo, el puesto de trabajo y la cualificación, profesión u oficio del afectado, conforme a la teoría gradualista. Esta teoría postula la búsqueda de la necesaria proporción entre la infracción cometida y la sanción impuesta, aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto, teniendo en cuenta otras circunstancias que permitan matizar el enjuiciamiento, como la antigüedad del trabajador en la empresa, la conducta y las sanciones anteriores del mismo, el perjuicio económico o de otra índole producido, etc., pues solo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción^[1].

La doctrina gradualista se aplica para conseguir la adecuada proporcionalidad entre el hecho, la persona y la sanción a imponer, y resulta aplicable en todas las causas de despido previstas en el art. 54 del ET, incluida la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. También cuando se trata de supuestos de transgresión de la buena fe contractual o de abuso de confianza en el desempeño del trabajo, la Sala Cuarta ha considerado que, si bien resulta de aplicación más difícil la teoría gradualista, no basta con la mera existencia de la transgresión o del abuso para declarar la procedencia del despido, sino que, como en los demás supuestos de incumplimientos contractuales, es igualmente necesario que pueda calificarse como un “incumplimiento grave y culpable del trabajador”, por lo que, como regla, pueden ponderarse las circunstancias concurrentes para agravar o para atenuar la conducta del trabajador, las que tendrán mayor o menor incidencia en la referida calificación atendida la gravedad objetiva de la conducta constitutiva del incumplimiento (STS de 19 julio 2010, rcud. 2643/2009).

A este respecto, resulta indiscutible que la apropiación de bienes de la empresa constituye un comportamiento grave y culpable que, en muchos casos, puede justificar un despido disciplinario. Pero no es menos cierto que el despido es la máxima sanción y existen otras sanciones disciplinarias menos drásticas.

Lo cierto es, sin embargo, que la doctrina tradicional del Tribunal Supremo que considera inaplicable la teoría gradualista en materia de sustracciones o apropiaciones indebidas apenas si ha variado, y ni siquiera se aprecia como circunstancia atenuadora la escasa entidad económica de lo hurtado, porque, se viene afirmando, la esencia de la transgresión a la buena fe contractual no radica en la causación de un daño evaluable económicamente, sino en la vulneración de la lealtad debida, de la buena fe, recíprocamente exigible en cualquier relación contractual y significadamente en la laboral. Este criterio puede extenderse a todas aquellas conductas ilícitas del trabajador que se realizan con ánimo de lucro en perjuicio de la empresa, de sus clientes o de los compañeros de trabajo. En estos supuestos, la pérdida de la confianza empresarial por la grave ruptura de la buena fe justifica la extinción del contrato^[2].

Esta es una posición excesivamente rígida que, a mi juicio, debería flexibilizarse. Cuando se trata de supuestos de transgresión de la buena fe contractual o de abuso de confianza en el desempeño del trabajo, no debería bastar con la mera existencia de la transgresión o del abuso para declarar la procedencia del despido, sino que, como en los demás supuestos de incumplimientos contractuales, debería ser posible ponderar las circunstancias concurrentes para agravar o atenuar la conducta del trabajador (historial disciplinario del trabajador, circunstancias personales de éste, antigüedad en la empresa, entidad del perjuicio económico y/o reputacional causado, reconocimiento de los hechos, restitución de lo sustraído, valoración social sobre la gravedad del incumplimiento ...). Y es que, como destaca, entre otras muchas, la STS

de 27 enero 2004 (rcud. 2233/2023), “el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción ante la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto”.

Referencias:

1. ^ SSTS de 12 febrero 1990; 6 abril 1990; 28 febrero 1991; 16 mayo 1991 y 2 abril 1992, entre muchas.
2. ^ Así se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1987 y 22 de noviembre de 1989, entre otras.

§ 97 Derecho de huelga y límites de los poderes de reacción empresariales: esquirolaje interno.

José Luis Monereo Pérez

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

Resumen: STS-SOC núm. 1199/2024, de 16 de octubre (RCO núm. 211/2022). Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego. Procedimiento de Tutela de los derechos fundamentales por posible vulneración del derecho fundamental de huelga. Derecho de huelga en el servicio público de Canal Sur. Servicios esenciales. Se aduce la existencia de Esquirolaje interno. Se trata de decidir si la empresa ha vulnerado el derecho de huelga al ordenar la sustitución de la trabajadora que presenta habitualmente un determinado programa de radio. El esquirolaje interno se produce efectivamente por la sustitución de trabajadores huelguistas por otros que los suplen en circunstancias distintas.

Palabras clave: Huelga. Tutela de los derechos fundamentales. Perjuicio como elemento inherente al derecho fundamental de huelga. Límites de los poderes empresariales. Esquirolaje interno.

Abstract: STS-SOC No. 1199/2024, of October 16 (RCO No. 211/2022). Speaker: Mr. Sebastián Moralo Gallego. Proceedings for the protection of fundamental rights due to possible violation of the fundamental right to strike. Right to strike in the public service of Canal Sur. Essential services. The existence of internal scabbing is alleged. It is a question of deciding whether the company has violated the right to strike by ordering the substitution of the worker who usually presents a certain radio program. The internal scabbing is effectively produced by the substitution of striking workers by others who replace them in different circumstances.

Keywords: Strike. Protection of fundamental rights. Injury as an inherent element of the fundamental right to strike. Limits to corporate powers. Internal scabbing.

I. Introducción

Convocada lícitamente la huelga en el servicio público de “Canal Sur Mediodía Córdoba” (Comunidad Autónoma de Andalucía), una trabajadora adherida a la huelga proclamada –que es presentadora habitual del programa informativo– es sustituida por otro trabajador. En concreto, la dirección de la empresa, a través del Director Territorial del centro de Córdoba, y cinco minutos antes de empezar la emisión del programa el día 8 de marzo de 2021, le fue dada la orden a D. Teodoro, redactor del programa (y, por tanto, no presentador del mismo), que se encontraba de *servicios mínimos*, de proceder a la presentación del informativo, lo que normalmente no hacía.

El supuesto es calificable típicamente de “Esquirolaje interno”. Y no deja de sorprender que, teniendo en cuenta la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo al respecto, desde una empresa pública que gestiona un servicio público se lleve a cabo, con relativa frecuencia, este tipo de comportamientos ilícitos que vulneran frontalmente el derecho fundamental de huelga (artículos 28.2, 53, apartados 1 y 2 de la Norma Fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, interpretados necesariamente conforme a la norma de apertura constitucional ex art. 10.2, en relación con el grupo normativo integrado por los artículos 93 a 96 de la misma). En cualquier caso, la promulgación de una Ley Orgánica de Huelga (artículos 28.2 y 81 de la Constitución) podría garantizar la seguridad jurídica y una más adecuada garantía jurídica del derecho fundamental de huelga, al establecer una definición técnico-jurídica de los elementos tipificadores del esquirolaje interno y externo, en sus diversas manifestaciones. Y con ello, un acotamiento preciso de los límites de los poderes empresariales en relación con el ejercicio del derecho fundamental de huelga con todas las consecuencias legítimas que le son inherentes.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1199/2024, de 16 de octubre.

Tipo y número de procedimiento: Casación

ECLI:

ES:TS:2024:5014

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1º. El sindicato CGT-A, al que está afiliada Doña María Esther, convocó huelga general de 24 horas para la jornada del 8 de marzo de 2021, mediante escrito registrado en la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía el día 22 de febrero de 2021. Dicha trabajadora que presta servicios en el centro de trabajo de Córdoba, es la presentadora habitual del programa informativo de radio “Canal Sur Mediodía Córdoba”, que se emite de 11,55 a 13 horas, de lunes a viernes, ejerció su derecho de huelga, secundando la convocatoria de CGT-A. Muy ocasionalmente, el programa lo pueden presentar otros redactores del mismo que la sustituyen, cuando ella no trabaja por encontrarse de vacaciones u otra circunstancia análoga.

2º.- La dirección de la empresa, a través del Director Territorial del centro de Córdoba, Leandro, cinco minutos antes de empezar la emisión del programa el día 8 de marzo de 2021, le fue dada la orden a D. Marcial, redactor del programa, que se encontraba de servicios mínimos, de proceder a la presentación del informativo, lo que normalmente no hacía, sin que conste que en el año 2021, dicho trabajador lo hubiera hecho en alguna ocasión, aunque sí lo hizo en el año 2020, en momento temporal coincidente con una baja médica de la Señora María Esther que es la presentadora habitual del programa.

3º. Con fecha 1 de junio de 2022 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en la que consta el siguiente fallo: “Con estimación parcial de la demanda interpuesta por Confederación General del Trabajo de Andalucía, Ceuta y Melilla (CGT) contra la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA) y Sociedad Filial Canal Sur

Radio y Televisión, S. A. y el Ministerio Fiscal, debemos declarar y declaramos vulnerado el derecho de huelga de la actora al haber sustituido la empresa en la huelga del día 8 de marzo de 2021, mediante sustitución interna, a la trabajadora huelguista, D.ª María Esther , manteniendo la emisión del programa informativo de radio "Canal Sur Mediodía Córdoba". Condenamos a las demandadas a abonar al sindicato actor una indemnización por daño moral por importe de 7.500 €. Igualmente condenamos a las demandadas a que se dé cuenta de ello, como noticia, en el programa de radio "Canal Sur Mediodía Córdoba", en día de la semana lunes, con lectura del fallo de esta sentencia".

4º. Se formaliza recurso de casación por la Empresa. El recurso ha sido impugnado por CGT.

IV. Posición de las partes

1º. Posición de la empresa: El recurso de casación de la empresa se articula en un único motivo en el que denuncia infracción de los arts. 20.1 d), 35.1 y 38 CE; y de la doctrina jurisprudencial que invoca. Sostiene que no ha vulnerado el derecho de huelga, porque el programa de radio en cuestión carecía en realidad de un presentador habitual, en tanto que tales funciones podían ser realizadas por cualquiera de los diferentes redactores del mismo, de tal manera que la decisión de la empresa de encomendar la presentación del programa a otro de los redactores que no estaba en huelga se enmarca dentro del ejercicio ordinario de su poder de organización.

2º. Posición de parte social: En su escrito de impugnación el sindicato demandante interesa la desestimación del recurso, por cuanto la empresa pretende en realidad ignorar el relato de hechos probados al afirmar, contra lo establecido en los mismos, que la trabajadora sustituida no era la presentadora habitual del programa, siendo que su actuación supone en todo caso una vulneración del derecho de huelga.

Con similares argumentos el Ministerio Fiscal informa asimismo en favor de su desestimación.

V. Normativa aplicable al caso

-Artículos 20.1 d), 28.2, 35.1 y 38 de la Constitución Española de 1978

-Artículos 6.5 y 10 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo.

- Artículo 207 e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

VI. Doctrina básica

- Como en este particular, se trae a colación la doctrina sentada en la STS 962/2023, de 8 de noviembre (rec. 204/2021), en el sentido de que el art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo establece que "en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo". La recordada prohibición en modo alguno supone que sí es posible la sustitución de quienes secundan la huelga por otras personas ya integradas en la empresa y que no lo hacen. Esta Sala del Tribunal Supremo ha seguido la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el llamado esquirolaje interno, tal y como recordamos en la STS 153/2021 de 3 febrero (rec. 36/2019). En particular, respecto del esquirolaje interno, la doctrina constitucional parte de la consideración de que la sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un abuso empresarial, en tanto que el poder de organización y dirección de la empresa "...no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que en tal caso quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del

trabajo ...por ello, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros. Esa regla general admite dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977)^[1] y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977)". Por todas, véase la STC 33/2011 de 28 marzo, seguida por nuestras SSTs de 8 junio 2011 (rec. 144/2010), 5 diciembre 2012 (rec.265/2011), 20 abril 2015 (rec. 354/2012) y 13 enero 2020 (rec. 138/2018), entre otras). Al conectar el ejercicio del derecho de huelga con el *ius variandi* empresarial y respecto de la sustitución interna de los huelguistas, es claro que tal proceder "constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo. Por ello, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros. Esa regla general admite dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977), y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977)" (STC 17/2017, de 2 de febrero)". De esa doctrina se desprende que ha de estarse a las circunstancias concretas del caso, para analizar si la empresa ejercita de manera regular sus facultades organizativas o vulnera el derecho de huelga, en razón de que imponga o permita la sustitución de los trabajadores huelguistas por parte de otros trabajadores que no realizan de ordinario sus funciones, a salvo de aquellas situaciones en las que pueda estar en juego el cumplimiento de servicios mínimos esenciales para la comunidad, o de servicios de seguridad y mantenimiento en las instalaciones de la empresa. 3.- Pues bien, en los incontrovertidos hechos probados de la sentencia recurrida se declara de forma expresa que el sindicato demandante convocó huelga general de 24 horas para la jornada del 8 de marzo de 2021; que la trabajadora María Esther es afiliada al mismo, que ejerció su derecho de huelga y presta servicios en el centro de trabajo de la empresa en Córdoba. En lo que es determinante para la resolución del recurso, se declara probado lo siguiente: 1º) Dicha trabajadora es la presentadora habitual del programa informativo de radio "Canal Sur Mediodía Córdoba, que se emite de 11,55 a 13 horas, de lunes a viernes"; 2º) Muy ocasionalmente, el programa lo pueden presentar otros redactores del mismo que la sustituyen, cuando ella no trabaja por encontrarse de vacaciones u otra circunstancia análoga; 3º) La dirección de la empresa, a través del Director Territorial del centro de Córdoba, y cinco minutos antes de empezar la emisión del programa el día 8 de marzo de 2021, le fue dada la orden a D. Teodoro, redactor del programa, que se encontraba de servicios mínimos, de proceder a la presentación del informativo, lo que normalmente no hacía; 4º) No consta que en el año 2021, dicho trabajador hubiera sustituido en alguna ocasión a la presentadora habitual, aunque sí lo hizo en el año 2020, en momento temporal coincidente con una baja médica de la Señora Florencia. El recurso no combate el relato de hechos probados para modificar ninguna de tan rotundas afirmaciones, pero sin embargo construye toda su argumentación jurídica bajo el presupuesto de que el programa carece de un presentar habitual, que lo puede presentar cualquier de los distintos redactores que esté de turno el día de su emisión, y que todos los distintos cuatro redactores que menciona, entre otros, lo han venido presentado. De esas consideraciones colige que la empresa no ha incurrido en la práctica de un esquirolaje prohibido, sino que simplemente se ha limitado a encargar ese día la presentación del programa a uno de los redactores que no se encontraba en huelga. El escrito de recurso se adentra de esta forma en una argumentación que

pasa por desconocer y no respetar el contenido de los hechos probados, para ofrecer un planteamiento que parte de presupuestos fácticos no recogidos en el relato histórico, sustentando sus razonamientos en afirmaciones que no vienen avaladas en los mismos, para incurrir de esta forma en un rechazable vicio procesal, cual es la llamada "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión". Defecto que se produce cuando el recurso parte -sin pretender revisarlas de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida (SSTS 3-5-2017, rec. 123/2016; 11-2-2016, rec. 98/2015; 3-2-2016; rec. 31/2015, entre otras muchas), y al construirse sobre bases fácticas erróneas incurre en el vicio procesal de la llamada "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión", por sustentarse en unos hechos contrarios a los que declara probados la sentencia recurrida (STS 962/2023, de 8 de noviembre (rec. 204/2021)). La sentencia declara expresamente probado, de manera rotunda, que la trabajadora sustituida era la presentadora habitual del programa, que solo ocasionalmente era sustituida por otros redactores cuando estaba de vacaciones u otra circunstancia análoga, que no consta que durante 2021 hubiere presentado el programa ese otro redactor, que sin embargo lo hizo en 2020 con ocasión de una baja médica. El recuso no intenta la modificación de ninguno de estos asertos, pero sin embargo desgrana sus razonamientos jurídicos con base en la consideración de que el programa no tenía en realidad un presentador habitual y que todos los redactores rotaban de alguna forma en su presentación, contra lo que en la resultancia fáctica aparece. 4.- Sentado lo anterior, no queda sino aplicar en este caso la misma doctrina de la STS 13/2020, de 13 de enero (rec. 138/2018), que conoce de un asunto sustancialmente idéntico al presente, en el que otra cadena de medios de comunicación, en circunstancias totalmente coincidentes con las del presente caso, sustituye el día de la huelga a la presentadora habitual de un programa de televisión que optó por acogerse a su derecho de huelga. Como en ella ponemos de manifiesto, la empresa vulnera el derecho de huelga al permitir que se emitiese el programa "a pesar de estar en huelga la trabajadora que habitual y normalmente lo presentaba, sin que la sustitución operada pudiera tener el efecto que entiende la recurrente, de potenciar más el efecto de la huelga ya que ello no se consigue sustituyendo con otros trabajadores ese puesto o todos los ocupados por trabajadoras. En el caso de la Sra. Josefa, ese efecto está más claramente ausente cuando resulta que el Sr. Luis Manuel era el que le sustituía ocasionalmente, en situación ordinarias de pacífico desarrollo de la relación, de forma que en el día de huelga la ausencia de la Sra. Josefa y, con ello, la no emisión del programa sí que daba visualización a la huelga y no la presencia del Sr. Luis Manuel.

Y, al hilo de lo anterior, debe entenderse que la presencia del Sr. Luis Manuel en el programa supuso la atribución de funciones distintas a las que habitual y ordinariamente venía atendiendo porque, como bien razona la sentencia de instancia, esa situación de habitualidad no se identifica con la de presentador, recogiendo en los hechos probados su condición de editor. Tampoco se puede identificar función habitual con la ocasional, consistente en presentar el programa cuando la trabajadora suspendía su relación por vacaciones, permisos, etc. Además, incluso desde esa condición de sustitución ocasional, no se puede identificar la habitual sustitución con la proveniente de una situación de conflicto, en la que se quiere sustituir a trabajadores huelguistas para no suspender la actividad o, lo que es lo mismo, no permitir el efecto propio del ejercicio de huelga. Precisamente, lo que no permite la ley es la sustitución en caso de huelga y, en el caso de la Sra. Josefa, cuando decide ejercer su derecho de huelga, la situación no es la corriente u ordinaria del desarrollo pacífico de la relación laboral, sino una situación como las propias y específicas del derecho de huelga, en donde el conflicto viene expresado mediante medidas de presión de que disponen los trabajadores en defensa de sus intereses". Y eso mismo es lo que cabalmente sucede en el presente asunto, pues con independencia de que el redactor que sustituyó a la presentadora habitual del programa pudiese ostentar su misma categoría profesional, lo cierto es que no se trataba de un supuesto de sustitución ordinaria en el que pudiese concurrir cualquier circunstancia excepcional que justificase el cambio de presentador, por razones incluso ajenas a la voluntad de la presentadora habitual, sino de una decisión empresarial claramente dirigida a menoscabar el legítimo ejercicio del derecho de huelga para visualizar ante terceros y

el público en general la menor incidencia de la protesta laboral manteniendo en antena la emisión del programa. No se trata por lo tanto de una sustitución habitual del presentador que pudiere enmarcarse dentro del *ius variandi* empresarial, sino de una decisión absolutamente extraordinaria, con una concreta y determinada finalidad claramente dirigida a perjudicar el ejercicio del derecho de huelga.

VII. Parte dispositiva

No se trata de una sustitución habitual del presentador que pudiere enmarcarse en el *ius variandi* empresarial, sino de una decisión absolutamente extraordinaria, con una concreta y determinada finalidad claramente dirigida a perjudicar el ejercicio del derecho de huelga. Por todo lo expuesto, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo decide desestimar el recurso de casación interpuesto por la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA) y Canal Sur Radio y Televisión, S.A., contra la sentencia dictada el 1 de junio de 2022 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en demanda sobre tutela de derechos fundamentales núm. 1/2022, seguida a instancia de la Confederación General del Trabajo de Andalucía, Ceuta y Melilla contra la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA) y la Sociedad Filial Canal Sur Radio y Televisión, S.A., con intervención del Ministerio Fiscal, para confirmarla y declarar su firmeza. Se decreta la pérdida del depósito; dese el destino legal a la cantidad consignada; con imposición a la recurrente de las costas en cuantía de 1.800 euros.

VIII. Pasajes decisivos

Al conectar el ejercicio del derecho de huelga con el *ius variandi* empresarial y respecto de la sustitución interna de los huelguistas, es claro que tal proceder "constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo. Por ello, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros. Esa regla general admite dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977), y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977)" (STC 17/2017, de 2 de febrero)". De esa doctrina se desprende que ha de estarse a las circunstancias concretas del caso, para analizar si la empresa ejercita de manera regular sus facultades organizativas o vulnera el derecho de huelga.

IX. Comentario

El art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo establece que "en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo".

De este modo, durante el periodo de huelga los poderes empresariales de organización quedan en gran medida neutralizados ("*anestesiados*"). Respecto del esquirolaje interno, la doctrina constitucional parte de la consideración de que la sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un abuso empresarial, en tanto que el poder de organización y dirección de la empresa no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales

funciones; ya que en tal caso quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo. Por ello, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros. Esa regla general admite dos excepciones, muy *matizables en la necesaria valoración jurídica en términos de facticidad y ponderación*, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977) y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977)". Por todas, véase la STC 33/2011 de 28 marzo, seguida por nuestras SSTs de 8 junio 2011 (rec. 144/2010), 5 diciembre 2012 (rec.265/2011), 20 abril 2015 (rec. 354/2012) y 13 enero 2020 (rec. 138/2018), entre otras).

Se ha de destacar que la referencia al comportamiento debido que ha de tener el empleador destinatario (directo o indirecto por los fines perseguibles por la huelga; reténgase el caso, paradigmático, de la llamada "huelga sociopolítica" dirigida frente a los poderes públicos) de una huelga ejercitada legítimamente. Una cuestión que se ha complejizado de manera harto significativa con la expansión de las nuevas tecnologías (señaladamente las tecnología digitales, algoritmos, inteligencia artificial, economía de plataformas) y las técnicas de externalización productiva, especialmente la técnica de la subcontratación productiva y funcional, las cuales ha permitido que los empleadores puedan neutralizar ilegítimamente la necesaria eficacia (en términos de perjuicios razonables que son inherentes al fenómeno huelguístico y a la garantía constitucional de la huelga como derecho fundamental con todas sus consecuencias legítimas en la "cultura del derecho"). Los efectos connaturales al derecho de huelga pueden ser neutralizados y obstaculizados a través del uso de los nuevos poderes directivos y organizativos del empleador. En coexistencia con los supuestos clásicos de manifestación de los fenómenos huelguísticos –y con ellos de nuevas formas de obstrucción al ejercicio del derecho de huelga– se vienen generalizando nuevas formas de huelga como las "huelgas de desconexión" (realizadas por los trabajadores de plataformas digitales) y también los distintos mecanismos de esquirolaje tecnológico, todo ello en el marco de un intenso proceso de innovación tecnológica en una fase histórica de digitalización de las organizaciones productivas (tanto públicas como privadas). La legislación, ni la doctrina jurisprudencial tienen ante sí el desafío de garantizar la efectividad del derecho fundamental de huelga en el contexto en el que la economía y el "sistema de empresas" se encuentran profundamente digitalizados. Es manifiesto que habría que establecer una regulación legal del derecho de huelga que desde el garantismo jurídico propio de un derecho fundamental establezca medidas que adapten su ejercicio a las nuevas tecnologías mucho más sofisticadas y muy especialmente predisponga de medios para evitar la obstaculización de su ejercicio legítimo frente a los reforzados poderes empresariales. La llamada a los protagonistas del conflicto es insuficiente, sino las instituciones reguladoras no se adaptan dinámicamente a las transformaciones digitales y a las cambiantes modelos de organización de los procesos productivos. El ordenamiento jurídico –legislación y negociación colectiva– no puede ignorar el potencial destructivo del uso empresarial de las nuevas tecnologías para vulnerar los derechos fundamentales.

Interesa resaltar, en relación con ello, que el derecho fundamental de huelga determina una situación jurídica-subjetiva activa y al propio tiempo una situación jurídica pasiva "refleja", consistente en la imposición del deber fundamentalmente negativo de respeto y reconocimiento "erga omnes" y una posición de especial subordinación en el empleador sobre el cual incide la huelga. La garantía jurisdiccional puede permitir enlazar inicialmente con la segunda vertiente de la situación jurídica compleja creada por el ejercicio del derecho de huelga (posición pasiva "refleja" –o si se prefiere correlativa– de los terceros), toda vez que el derecho de huelga, como derecho fundamental de libertad, impone un genérico deber negativo de respeto y reconocimiento *erga omnes* del derecho. Sobre los que son terceros extraños (en general, no titulares), sean sujetos públicos o privados, recae un deber de abstención y de tolerancia de la esfera de acción consentida a los titulares del derecho subjetivo

de huelga. Hasta tal punto es así, que los titulares del mismo ostentan la facultad de exigir en vía de derecho que sean respetados efectivamente^[2].

Ello supone que el derecho de huelga, como especial derecho subjetivo de libertad^[3], hace nacer situaciones jurídico-subjetivas pasivas puramente “reflejas” (ante todo, por lo que tienen de necesariamente correlativas al ser ejercitado el derecho de huelga); deberes negativos, de no hacer y de tolerar. Este deber de respeto, siendo general y observado con arreglo a la buena fe, despliega su eficacia frente a todos, y se concreta y especifica sin embargo en el empleador, no sólo por su proximidad a la esfera jurídica protegida por el derecho, sino ante todo por su doble condición de contraparte de la relación laboral (o relación de servicios profesionales del personal funcionario o estatutario) y de titular de la organización productiva en la que se realiza la prestación de trabajo. El empleador asume una posición pasiva y ha de soportar actividades de los titulares del derecho que de otro modo hubiera podido impedir (o responder frente a ellas) de no pesar sobre él un deber negativo anudado (en cuanto correlativo) al derecho subjetivo de huelga, en virtud de la indicación constitucional (art. 28.2 CE) y su “traducción” o concreción legislativa.

El empleador se encuentra, además, en una especial situación jurídica pasiva de subordinación y tolerancia respecto del ejercicio del derecho de este derecho de libertad (que integra el bien ajeno prevalentemente protegido), porque el ejercicio de ésta incide en su propia esfera jurídica, a diferencia de otros sujetos también ajenos a la titularidad del derecho que no resultan especialmente obligados. En efecto, el empleador debe pasar (en el sentido de soportar y tolerar) por la suspensión voluntaria unilateral de la relación de trabajo o, en su caso, la relación de servicio del personal funcionario o estatutario; le corresponde o incumbe (por encima de alguna obligación positiva instrumental) ante todo un deber general de respeto (*de pati y no facere*), prohibitivo de toda conducta que tienda a privar de efectividad al derecho libertad actuado. Así, ha de estar al efecto suspensivo del ejercicio del derecho de huelga por lo que no puede sancionar al trabajador; se limita su libertad contractual (“libertad civil”) en distintos aspectos: no podrá, en general, sustituir a los huelguistas por otros trabajadores no vinculados a la “empresa” en la fecha de declaración de la huelga (el denominado “esquirolaje externo”); no podrá utilizar las facultades empresariales, respecto de la movilidad funcional o geográfica de los trabajadores, con objeto de limitar o impedir el ejercicio del derecho de huelga (“esquirolaje interno”^[4], que permite neutralizar los efectos de la huelga); se le prohíbe el “cierre patronal de retorsión” y, en general, la imposición de medidas sancionadoras a los huelguistas en respuesta y por el sólo hecho de su participación en la huelga. Su situación se caracteriza, en definitiva, por un acusado elemento de “negatividad” como correlato del poder jurídico inherente al derecho de huelga de colocar el contrato de trabajo en fase o vicisitud suspensiva^[5].

Atendiendo a este dato jurídico, se puede decir que el empleador se encuentra en una situación jurídica pasiva que reviste una cierta complejidad, ante la yuxtaposición al deber general de respeto (de contenido negativo) que el derecho de huelga impone a todos (en tanto que derecho de libertad) de un deber específico de sometimiento (también de contenido fundamentalmente negativo) que recae en la figura del empleador y que no hace sino intensificar la situación de deber jurídico de respeto a la esfera jurídica del titular del derecho de huelga. Así, la decisión de los trabajadores de colocarse fuera del contrato de trabajo o facultad de incumplir transitoriamente el mismo adhiriéndose a la convocatoria de huelga tiene un efecto directo en la esfera jurídica del sujeto pasivo (empleador) que debe someterse a las consecuencias jurídicas del poder de voluntad del trabajador (titular del derecho subjetivo de huelga)^[6]. Esta posición pasiva se puede designar correctamente como un unitario deber negativo de respeto y sometimiento. Pero este fenómeno sólo puede ser explicado desde el momento en que el ordenamiento jurídico regula la huelga como derecho subjetivo, lo cual, no sucedería de haberse establecido un marco de libertad de huelga. La Constitución (art. 28.2 CE) no permanece neutral sobre las consecuencias del ejercicio de la libertad y por ello mismo consagra un sistema de derecho de huelga,

colocando así en una posición jurídica de ventaja y de inmunidad a los trabajadores que ejercen legítimamente su “derecho a la huelga”.

En este sentido, la situación de especial subordinación del empleador como destinatario de la huelga (en cuanto que el ejercicio del derecho lo constriñe *relacionalmente* a subordinar su interés al ajeno preferentemente protegido por el derecho objetivo) es una consecuencia necesaria del sistema de derecho de huelga que nace del art. 28 CE (y precisamente por ello goza de la garantía del contenido esencial). Al mismo tiempo la proclamación de la huelga como derecho subjetivo de carácter fundamental permite también justificar la producción de tales efectos jurídicos aún en el caso de que el destinatario de la medida de presión no sea el empresario^[7], sino el poder público en cuanto tal (es decir, no como “Estado empleador”), como sucede en la llamada huelga sociopolítica o de “imposición” económico-política. En cuyo caso, el empleador será mero sujeto pasivo de las consecuencias jurídicas inmediatas del ejercicio de la huelga, a pesar de no ser destinatario de la medida de presión y ser así completamente ajeno a la finalidad perseguida con la huelga.

La norma trataría de impedir que se utilicen ilegítimamente los poderes empresariales de especificación como reacción ante una huelga, evitando o neutralizando sus naturales efectos. En este sentido el Tribunal Constitucional ha considerado ilegítima la sustitución interna de trabajadores huelguistas por personal ya perteneciente a la empresa. Con base a una depurada argumentación entiende el Alto Tribunal que “la preeminencia de este derecho (de huelga) produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 ET. Ahora bien, el ejercicio de tal facultad cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial”. En definitiva, añade el tribunal, “la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”^[8]. Esa utilización abusiva implica que no se esté ante un “*ius variandi*” y que, por tanto, queda completamente fuera del uso legítimo de los poderes directivos y organizativos del empleador.

Sin embargo, el problema que aquí se plantea en el plano jurídico-positivo es que el actualmente vigente art. 6.5 RDLRT es muy limitado respecto a la prohibición de estas medidas de “retorsión”. En efecto, según dicha disposición, “*en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento*”. El ámbito objetivo de la movilidad espacial y funcional es mayor: “la empresa”. La doctrina del Tribunal Constitucional no incidió directamente en la conformidad constitucional de este precepto y, por consiguiente, se plantea un problema de contradicción (antinomía, que remite aquí a una incompatibilidad por contradicción) entre el sistema legal vigente de la huelga (RDLRT) y la LISOS, que deberá de ser resuelta conforme a la clásica regla *lex posterior derogat priori* (ley posterior deroga a anterior), haciendo pues primar la regulación de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social sobre el precedente sistema legal. Aunque ciertamente el problema reside en que una norma de estructura “secundaria” (la configuración propia de las normas sancionadoras) es la que acaba desempeñando la función de una “norma primaria”. Existe una “distorsión” de los mecanismos de producción normativa y de las técnicas normativas, pero el desajuste técnico no puede llegar, en este caso, a tanto como para que una ley de normación “secundaria” no pueda afectar a una legislación de normación sustantiva preconstitucional.

El rigorismo formalista de la construcción no puede llegar a tanto como para limitar la libertad de configuración del ejercicio del derecho de huelga por parte del legislador, a pesar de la inadecuación técnica del “marco” (ley instrumental, tipificadora de sanciones; no de regulación sustantiva) en que se sitúa una norma “perfecta o completa” que unifica conducta punible-sanción anudada a la misma. No ha sido este el único caso en el que existe una norma sustantiva incorporada a una ordenación instrumental (“marco jurídico legal”), sea de ordenación sancionatoria, o sea, en otro caso, de carácter adjetivo o procesal.

En la jurisprudencia constitucional existente en la que se desarrolla la visión de la huelga como derecho, también se localizan tendencias de jurisprudencia ordinaria que mantiene una visión reductiva de esta medida de presión de ejercicio colectivo por parte de los trabajadores. Es una línea que se alinea con los tiempos vividos de crisis económica y de reducción de los derechos de los trabajadores al mismo par que se refuerza los poderes empresariales.

En relación con lo anterior, la sustitución interna de trabajadores huelguistas llevada a cabo por trabajadores que se encuentran vinculados a la empresa al tiempo de la comunicación de la huelga, puede constituir un ejercicio abusivo de las facultades directivas empresariales^[9]. Así ocurrirá cuando, sea de forma intencional, o sea de forma objetiva, dicha sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio^[10]. Tampoco cabe amparar esa sustitución de los huelguistas en la potestad directiva de movilidad funcional, teniendo en cuenta que se utilizan trabajadores de otras categorías profesionales^[11]. En el mismo sentido, en un supuesto en el que también se denunciaba la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado, la jurisprudencia establece que la “sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo”^[12].

Esta sentencia toma partido en el denominado esquirolaje tecnológico recogiendo la diferencia de opiniones que se produjeron en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012^[13], e imponiendo la posición que en la citada sentencia era minoritaria como interpretación constitucional. En efecto, el Alto Tribunal recupera uno de los Votos Particulares^[14], y lo traslada a su propia sentencia constitucional para concluir que el derecho de huelga no puede limitar el uso de medios técnicos de los que habitualmente se dispone en la empresa para mantener la actividad. Esta sentencia versa sobre la sustitución interna de trabajadores huelguistas y la utilización de medios técnicos de uso no habitual para la retransmisión por “Telemadrid” de un partido de fútbol y en la que el Tribunal Constitucional confirma que la utilización de medios ya existentes en la empresa o de procedimientos diferentes a los habituales es compatible con el derecho de huelga. En otros términos, para el Tribunal Constitucional no se vulnera el derecho de huelga cuando se desarrolla un procedimiento diferente al normalmente previsto para retransmitir un partido por televisión ni cuando se utilizan medios técnicos no habituales pero existentes en la empresa^[15].

El Alto Tribunal confirma que exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empleador una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. Por ello, la utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga. Concluye el Tribunal Constitucional confirmando que 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. La sensación con esta sentencia es como si el Tribunal Constitucional estuviera interesado en abrir espacios para el ejercicio incondicionado de los poderes empresariales, aunque afecten a derechos fundamentales garantizados por la propia CE. La tecnología es una realidad de relevancia jurídica que, en sí misma, no constituye una amenaza a los derechos de los trabajadores, aunque tampoco puede considerarse neutra. Es así que será el uso que se haga de la misma por parte de los poderes empresariales los que condicionarán el favorecimiento o limitación de los derechos en función de su disponibilidad.

Es lo cierto que nuestro modelo legal^[16] es obsoleto y no se corresponde con las realidades de las transformaciones económicas y tecnológicas disruptivas, lo cual favorece los poderes del empleador al amparo del principio de libertad de empresa.

La STC 17/2017, de 2 de febrero^[17], que pronto fue seguida por diversa jurisprudencia menor y también por el propio Tribunal Supremo en sentencia de fecha 13 de julio de 2017, sentencia que argumenta que en este supuesto no se ha puesto en marcha una clara acreditación de un *“recurso productivo específico para contrarrestar la huelga”*, sino que, por el contrario, *“ahora opera el sistema habitual de redistribución de tareas”*^[18]. Sentencia del Tribunal Supremo en la que el propio Ministerio Fiscal solicita la aplicación de la STC 17/2017, de 2 de febrero^[19], cuando establece lo siguiente: “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. El uso por los trabajadores que no secundan el paro de los medios técnicos de los que dispone la empresa no vulnera el citado derecho siempre que aquéllos no realicen funciones que son ajenas a su cargo para sustituir a los huelguistas. La protección constitucional del derecho a la huelga impone limitaciones al empresario, pero no le obliga –ni a él ni a los empleados que deciden ejercer su derecho a trabajar– a contribuir al éxito de la protesta. No puede exigirse al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa, pues ello supone imponerle una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente”. Por todo ello, resuelve el Tribunal Supremo de la siguiente manera: “no ha quedado acreditado que las empresas activasen estrategia o tecnología específica para boicotear la huelga. En todo caso, la doctrina de la STC 17/2017 de 2 febrero (Telemadrid) aleja la sombra de la aludida vulneración”.

Con todo, esta sentencia viene a admitir el esquirolaje tecnológico mediante la sustitución interna de trabajadores y la utilización de medios técnicos no habituales en jornada de huelga. La doctrina imperante del Tribunal Constitucional puede resumirse así: ni la Constitución ni la jurisprudencia 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. En definitiva, “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”. Por todo lo anterior, concluye el Tribunal Constitucional manifestando que el empresario tiene que soportar inevitablemente un daño como consecuencia de la huelga derivado de la interrupción de la actividad en que la misma consiste, pero sería desproporcionado exigir al empresario 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". Además, "la utilización por parte de los trabajadores no huelguistas de los medios técnicos de los que dispone la empresa del modo en que lo han hecho en el supuesto enjuiciado, sin realizar funciones de una categoría distinta, ha permitido hacer efectiva la libertad de trabajo". En consecuencia, "no ha existido lesión del derecho de huelga. El empresario, en el ejercicio de su poder de organización, ha hecho un ejercicio regular de sus funciones. La emisión del partido fue posible porque en la empresa existían medios técnicos que permitían hacerlo y porque varios trabajadores no secundaron la huelga. Los medios técnicos ya existían – no fueron adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga– y los trabajadores que no secundaron la huelga no realizaron funciones distintas a las que les corresponden"^[20].

Estamos ante un conflicto de poderes/derechos entre el empresario y el trabajador. Por una parte, los trabajadores huelguistas y, por otra, el empresario con su poder de dirección y su *ius variandi*. Vinculando ambos derechos con la propia Constitución Española y sus principios constitucionales, es importante valorar la prioridad de uno sobre el otro. En efecto el derecho de huelga, que se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado, en coherencia con la idea del Estado social y democrático de Derecho, es reconocido como derecho fundamental de máximo nivel de tutela en la propia CE (art. 53, apartados 1º y 2º): art. 28.2 CE. Por la otra parte, localizamos el *ius variandi* del empresario y que deriva del derecho de libertad de empresa reconocido en el art. 38 CE, no como derecho fundamental.

Se ha de recordar que el derecho de huelga, calificado como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional, goza de una singular preeminencia por su más intensa protección. En efecto, la Constitución reconoce, en su art. 37, el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarlo en lugar preferente, el art. 28 CE, confiéndole –como a todos los de su grupo– una mayor consistencia que se refleja en el mayor rango exigible para la Ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal *ad hoc* en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo (artículos 53, 81 y 161 CE.). Por tanto, "la preeminencia de este derecho produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores" (STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123]).^[21]

Al conectar el ejercicio del derecho de huelga con el *ius variandi* empresarial y respecto de la sustitución interna de los huelguistas, es claro que tal proceder "constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo. Por ello, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros. Esa regla general admite dos excepciones fundadas, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977), y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977) (STC 17/2017, de 2 de febrero)^[22]. De esa doctrina se desprende que ha de estarse a las circunstancias concretas del caso, para analizar si la empresa ejercita de manera regular sus facultades organizativas o vulnera el derecho de huelga, en razón de que

imponga o permita la sustitución de los trabajadores huelguistas por parte de otros trabajadores que no realizan de ordinario sus funciones, a salvo de aquellas situaciones en las que pueda estar en juego el cumplimiento de servicios mínimos esenciales para la comunidad, o de servicios de seguridad y mantenimiento en las instalaciones de la empresa. Y siempre guardando la debida ponderación entre los bienes jurídicos en juego. En esta doctrina se apoya los previos pronunciamientos de las SSTS 962/2023, de 8 de noviembre (rec. 204/2021) y 153/2021 de 3 febrero (rec. 36/2019), sobre esquirolaje interno.

Con todo, para apreciar la vulneración del derecho fundamental de huelga es necesario que se acredite que la sustitución de los huelguistas carece de causa habilitante para ello y que esa sustitución se realice recurriendo a un trabajador contratado *ex novo* o asignado de forma irregular a la tarea del huelguista» (STC 17/2017, FJ 5). Una vez constatados los presupuestos de hecho, se ha de someter al necesario juicio de constitucionalidad el comportamiento empresarial denunciado como lesivo del derecho fundamental de huelga. Deberá atenderse a la regla general de la ilicitud de la medida empresarial que, para paliar o minimizar los efectos del ejercicio del constitucional derecho de huelga, encomienda la realización de funciones propias de trabajadores en huelga a trabajadores no huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo (STC 33/2011, de 28 de noviembre, f.J.4º, con referencia a la sustitución del trabajador huelguista por un trabajador de un nivel profesional superior al de aquellos).

La jurisprudencia, en la que se inserta la sentencia objeto de comentario, se enmarca en un enfoque garantista que parte de la función conformadora de la Constitución del contenido esencial del derecho fundamental de huelga (artículos 28.2, 53.1 y 10.2 CE). En este sentido la jurisprudencia puede actuar para hacer realidad en la experiencia jurídica ese necesario ensamblaje entre Constitución y legislación. En el modelo normativo de derecho de huelga, Constitución y legislación actúan sobre un mismo derecho fundamental, en los términos de una verdadera “colaboración internormativa” en la que cada uno de los “legisladores”, el constituyente y el constituido, tiene asignada su propia función. Esto explica la importancia de la indagación científica y jurisprudencial hacia la búsqueda de aquellos elementos del sistema legal (que incluye el Derecho internacional de obligada referencia atendiendo al bloque normativo formado por los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Norma Fundamentales) que permiten identificar más adecuadamente ese modelo normativo en el desarrollo histórico del fenómeno huelguístico.

X. Apunte final

La Sentencia aquí comentada se sitúa en la misma dirección interpretativa garantista (como se impone deducir de los artículos 28.2 y 53.1 de la Constitución, éste último dejando clara constancia del necesario respecto al “contenido esencial” de todos los derechos fundamentales) llevada a cabo en la STS-SOC núm. 962/2023, de 8 de noviembre (RCO núm. 204/2021), siendo ponente el Magistrado A.V. Sempere Navarro, sobre vulneración del derecho de huelga y de libertad sindical (información y negociación)^[23].

La garantía del derecho fundamental de huelga en la Constitución se encuentra fuertemente condicionada por el cambio en la “cultura sindical” en respuesta, sin duda, al impacto de las transformaciones del sistema político y del orden económico y tecnológico. La imperiosa reconfiguración del proceso de institucionalización y “normalización” del fenómeno huelguístico se podría resumir –a riesgo de incurrir en una simplicidad quizás excesiva, pero expresiva de lo que se quiere indicar– poniendo de manifiesto que las huelgas tienden a configurarse como un movimiento colectivo que no cuestiona las reglas de juego del sistema de relaciones laborales, aunque trate de reformularlas continuamente y fundar otras nuevas. Piero Calamandrei^[24] ha sabido reflejar esa tensión de lógicas institucionales cuando observó “que el derecho es, por su naturaleza, prefijación de límites; y que por consiguiente, desde el momento en que la huelga ha aceptado convertirse en un derecho, se ha adaptado

necesariamente a dejarse predisponer condiciones y restricciones de ejercicio que, si no son establecidas por la ley, deberán ineluctablemente ser diseñadas, antes o después, sobre la base del art. 40 de la Constitución, por la jurisprudencia. La dialéctica jurídica requiere, por su naturaleza, claridad de definiciones, precisión de distinciones, indagación de fines: la huelga, para entrar en el campo del derecho, deberá resignarse a ser definida, lo que, en opinión de algunos, puede querer decir también disminuida". Pero esos límites sistémicos impuestos en el proceso dinámico de su "juridización" no pueden privar, en ningún caso, de eficacia funcional real a la huelga como "arma" de lucha capaz de ejercer su función de fuerza de presión y persuasión psicológica colectiva, que es su razón de ser^[25].

No debe olvidarse que en nuestro ordenamiento jurídico se dispone de un marco normativo insuficiente para la garantía efectiva del derecho de huelga, por mucho que esta situación deficitaria se haya normalizada y no sea una prioridad su subsanación para los actores políticos y sociales. El texto constitucional ex art. 28.2 impone la promulgación de una Ley Orgánica de garantía del derecho de huelga (art. 81 CE), pero esta Ley Orgánica no se ha aprobado aún. El hecho de que no se haya aprobado todavía supone una anomalía constitucional que desvirtúa el modelo de textura abierta (dentro de la obligada observancia del contenido esencial del derecho ex art. 53.1 CE) en la Constitución, al pervivir la regulación preconstitucional contenida en el RDLRT, que ha sido depurado constitucionalmente desde la STC 11/1981, de 8 de abril; de lo contrario, y sin este fuerte protagonismo "reconstructivo" (por vía de decisiones anulatorias, interpretativas y creativas o "sentencias normativas") llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, el actual modelo legal no podría haber sobrevivido y superado el test de constitucionalidad, por contradecir abiertamente el contenido esencial del derecho de huelga y los condicionamientos y limitaciones que ello impone al legislador infraconstitucional de desarrollo de las previsiones constitucionales. El Tribunal Constitucional había reclamado la intervención legislativa en desarrollo del mandato constitucional ex art. 28.2 CE, advirtiendo de "las consecuencias que produce en nuestro ordenamiento la falta de desarrollo del mandato que al legislador impone el art. 28.2 CE, lo que origina una puesta en peligro tanto de la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales como del ejercicio legítimo del derecho de huelga, lo que exige el establecimiento de procedimientos adecuados para asegurar la necesaria ponderación de los bienes constitucionales en juego"^[26]. Actualmente, cualquier regulación del derecho fundamental de huelga —en general y, en particular, a la delicada materia controvertida relativa a la huelga en servicios esenciales— deberá tomar en consideración la jurisprudencia constitucional y la establecida por el Tribunal Supremo. Pero ya esa futura regulación legal tendrá que ir más lejos para hacer frente a la incidencia que el uso empresarial de las nuevas tecnologías y las nuevas formas de organización productiva, pueden representar para las restricciones al ejercicio del derecho de huelga y al posible "vaciamiento" de su contenido esencial o una desactivación o aminoración de la capacidad de presión real asociada a su ejercicio (trabajo en plataformas digitales con las posibles "huelgas de desconexión"; el posible "esquirolaje tecnológico"^[27]; o la efectividad real del derecho de huelga en los supuestos de redes de empresa de subcontratación o de una pluralidad de empresas vinculadas).

Referencias:

1. ^ Un “servicio” es “esencial” ex definitione en el sentido del art. 28.2 de la Constitución Española de 1978, cuando el servicio público ha sido definido de esta forma por el legislador o cuando, atendiendo a su naturaleza y fines, cumple con los criterios jurisprudenciales definidos por el Tribunal Constitucional, de manera que se puede afirmar que todo servicio esencial –en el sentido del art. 28.2- es un servicio público, pero no todo servicio público es necesariamente esencial, aunque, de ordinario, suele serlo –mereciendo dicha calificación jurídica- como regla general expansiva.
2. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I)”, en *Temas Laborales*, núm. 27 (1993), pp. 21 y ss., especialmente, pp. 55-63 (“Situación jurídico Situación jurídico-subjetiva pasiva “refleja”: El deber fundamentalmente negativo de respeto y reconocimiento “erga omnes” y la posición de especial subordinación del empleador”). Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L., y ORTEGA LOZANO, P.G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thomsom/Aranzadi, 2019, pp. 237-243.
3. ^ El Tribunal Constitucional se ha cuidado de precisar que el derecho de huelga es un “especial derecho subjetivo”. Cfr. STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 10 [RTC 1981\11].
4. ^ La huelga comporta, de este modo, una limitación del uso de los poderes empresariales. Véase la STC 123/1992, de 28 de septiembre, fj. 5 [RTC 1992\123]. Sobre este tema y la importantísima doctrina sentada en esta sentencia se volverá sin tardanza.
5. ^ Es bien conocida la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto cuando señala que, en un sistema de derecho de huelga, “determinadas medidas de presión de los trabajadores frente a los empresarios son un derecho de aquéllos. Es derecho de los trabajadores colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar a otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa” (STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 9 [RTC 1981\11]). De este modo el “contenido esencial” del derecho de huelga consiste en la “cesación del trabajo” (STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 10 [RTC 1981\11]) y “se concede para que sus titulares puedan desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales” (STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 12 [RTC 1981\11]). Así –para el Tribunal Constitucional– el efecto típico suspensivo forma parte de la garantía del contenido esencial o mínimo del derecho de huelga (cfr. también in fine STC 99/1987, de 11 de junio [RTC 1987\99]). Esto significa que –según interpretación del Alto Tribunal– en la lógica de esta construcción la cláusula del contenido esencial no abarca a aquellas acciones directas de los trabajadores que estén encaminadas a la autotutela de intereses colectivos o generales que

no entrañen la suspensión de los contratos de trabajo o relaciones de empleo. Es claro que está también en la lógica de la construcción que el reconocimiento de otras modalidades de huelga puede ser hecho por el legislador del derecho fundamental, formando así parte del “contenido posible” del derecho fundamental de huelga, es decir del “contenido abstracto” de ese derecho y con independencia de su contenido esencial intangible. Esta deberá de ser la opción interpretativa, es decir, incluyendo en el contenido posible del derecho de huelga otras formas de alteración del normal desarrollo del trabajo distintas a la cesación total o parcial en el trabajo. Especialmente significativo resultaría la admisibilidad de las huelgas de celo o reglamento que en *ius strictum* presuponen justamente la no suspensión del contrato de trabajo, lo cual, obliga a matizar el genérico y típico efecto suspensivo (que goza además de la garantía del contenido esencial) y que debería atribuirse sin más de forma indiferenciada como efecto legal del ejercicio del derecho de huelga. Conviene apuntar que, en el fondo, el efecto más elemental de la huelga como derecho es que su ejercicio no suponga por sí mismo la extinción de la relación laboral o de empleo (STC 99/1987, de 11 de junio [RTC 1987\99]).

6. [^] STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 9 [RTC 1981\11] y STS 24 de octubre de 1989 [RJ 1989\7422].
7. [^] Sobre las consecuencias político-jurídicas de la fórmula de reconocimiento constitucional como derecho fundamental o derecho público subjetivo o libertad pública de eficacia horizontal, y, en relación a ello, respecto a la función del derecho de huelga en el sistema constitucional, véase las consideraciones realizadas supra. De esa categorización atinente a la estructura y función de la huelga como institución jurídica deriva que los objetivos perseguibles con la misma no se agoten en el círculo limitado de las relaciones laborales y se actúe frente a las políticas públicas de relevancia para los intereses de los trabajadores. La “defensa de sus intereses” (como descriptiva de los intereses tutelables por la acción huelguística) a que hace mención el art. 28.2 CE debe referirse a la doble dimensión del trabajador-ciudadano. La pretensión de escindir y aislar en el Estado social la esfera del ciudadano individual y la esfera del ciudadano social no se corresponde con esa forma de Estado, sino con la propia del Estado liberal. Aquí es importante tener en cuenta que el derecho de huelga es un derecho social fundamental que se concede al “hombre específico” para el desarrollo de su personalidad; siendo así que ese “hombre específico” al que se atribuyen derechos sociales de distinta naturaleza no puede ser equiparado al “hombre aislado” en la consideración del individualismo metodológico (en versión de individualismo posesivo) de la filosofía política del liberalismo, incoherente con el sistema político del Estado social y democrático de derecho establecido por el art. 1.1 de la Constitución. Nótese, por otra parte, que el derecho fundamental de huelga constituye la instrumentación jurídica de una libertad de proyección colectiva, y que ello implica el reconocimiento a su titular de una esfera subjetiva (*status subjectionis*) englobada en un *status socialis* que se corresponde con la proyección social propia de las llamadas “libertades colectivas”, es decir, derechos de libertad del individuo en relación con otros individuos. Esto quiere decir, que en su misma configuración constitucional la huelga como derecho de titularidad individual se concibe en un derecho de libertad del individuo aislado. Su dimensión colectiva es innegable y lo que sucede es que no ha prevalecido una concepción orgánica o exclusivamente sindical

del derecho de huelga. En otras palabras: no es un derecho general del hombre, sino un derecho social de libertad.

8. [^] Continúa diciendo el Alto Tribunal que “en tal sentido, atenta al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga, como dijo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de octubre de 1989 (Sala de lo Social) donde se consideró inviable la sustitución de marineros huelguistas por otra tripulación formada con otros trabajadores vinculados a la naviera mediante contratos anteriores al conflicto, pero de otros buques. En consecuencia, desde la perspectiva de los principios constitucionales más arriba analizados, no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado, sin que pueda ser incluida esta conducta entre las medidas empresariales de conflicto colectivo que legitima el art. 37 de la Constitución”. Cfr. STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123].
9. [^] STC 33/2011, de 28 de marzo [RTC 2011\33].
10. [^] STS 18 de marzo de 2016 [RJ 2016\1828].
11. [^] STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123].
12. [^] STC 33/2011, de 28 de marzo [RTC 2011\33].
13. [^] STS 5 de diciembre de 2012 [RJ 2013\1751].
14. [^] El Voto Particular del Magistrado Aurelio Desdentado Bonete.
15. [^] Para mayor abundamiento sobre esta sentencia, 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”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2017, pp. 894 y ss. PÉREZ REY, J.: “El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017, pp. 151 y ss.
16. [^] De problemático encaje en la Constitución ex art.28.2, en relación con la garantía multinivel de los derechos fundamentales que se infiere del bloque normativo formado por los artículos 93 a 96, en relación con la imperativa cláusula de apertura constitucional establecida en el art. 10.2 de nuestra Norma Fundamental. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *El derecho huelga* (artículo 28.2 CE), en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M.N. (Dirs): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp.1057-1157.
17. [^] STC 17/2017, de 2 de febrero [RTC 2017\17].
18. [^] STS 13 de julio de 2017 [RJ 2017\4148].
19. [^] STC 17/2017, de 2 de febrero [RTC 2017\17].
20. [^] Esta sentencia tiene un Voto Particular formulado por el Magistrado Ilmo. Sr. Valdés Dal-Ré al que se adhieren la Magistrada Ilma. Sra. Asua Batarrita y el Magistrado Ilmo. Sr. Xiol Ríos, declara que la presente sentencia debió estimar el amparo solicitado por la vulneración –por el Ente Público Radio Televisión Madrid y sus sociedades– del derecho de huelga consagrado en el art. 28.2 CE. Tras una cuidada argumentación concluye que la retransmisión del partido de fútbol de la Champions League efectuada el día el 29 de septiembre de 2010 lesionó el derecho de huelga. Es lo cierto, que la prevalencia constitucional que debe poseer el derecho fundamental a la huelga por parte de los trabajadores que, en la sentencia STC 17/2017, de 2 de febrero, para nada ha tenido el efecto vinculado de anestesiar o de prevalecer sobre el poder de dirección del empresario, éste último utilizado con la única finalidad de minimizar o, como ocurre en este caso enjuiciado en dicha Sentencia del Alta Tribunal, eliminar la presión que ejercen los trabajadores huelguistas.

21. ^ STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123]. Este enfoque ha sido mantenido explícitamente por la doctrina científica, MONEREO PÉREZ, J. L.: “La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I)”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 27, 1993, pp. 21-114, en particular pp. 55 y ss. (epígrafe: “Situación jurídico-subjetiva pasiva “refleja”: El deber fundamentalmente negativo de respeto y reconocimiento “erga omnes” y la posición de especial subordinación del empleador”); MONEREO PÉREZ, J. L.: “La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (II)”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 28, 1993, pp. 29-96, especialmente pp. 32-46.
22. ^ Voto particular de Fernando Valdés Dal-Ré.–Adela Asua Batarrita.–Juan Antonio Xiol Ríos.
23. ^ Un comentario a esta importante sentencia, en MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derechos de huelga y libertad sindical. Esquirolaje interno y externo. Indemnización por daño moral asociado a la vulneración”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 1/2024 https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2024-00000002596
24. ^ Cfr. CALAMANDREI, P.: “Significato costituzionale del diritto di sciopero”, en CALAMANDREI, P. (aut.) y CAPPELLETTI, M. (a cargo de): *Opere Giuridiche*, Vol. III., Napoli, Morano editore, 1965, p. 468. Publicado también en CALAMANDREI, P.: “Significato costituzionale del diritto di sciopero”, en *Riv. giur. lav.*, I, 1952, pp. 221 a 244.
25. ^ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (II)”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 28, 1993, pp. 29-96, en particular, la referencia del texto en p.96; MONEREO PÉREZ, J. L.: “Prólogo: la huelga en el sistema de relaciones laborales”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Coord.) et altri: *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Granada, Comares, 2002.
26. ^ SSTC 123/1990, de 2 de julio (RTC 1990/123), y 183/2006, de 19 de junio (TC 2006/183). También la STS de 17 de diciembre de 1992, RJ 1992/100/46. Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J. L., y ORTEGA LOZANO, P.G.: *Configuración y régimen jurídico: configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thompson-Aranzadi, 2019, pp. 382 y ss. (“Derecho de huelga y nuevas tecnologías: a propósito del esquirolaje interno y tecnológico”) y pp. 405 y ss. (“La huelga en grupos de empresas y redes empresariales: a propósito del esquirolaje externo”), y la bibliografía allí citada.
27. ^ Sobre la que se han producido oscilaciones significativas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Así, STC 17/2017, de 2 de febrero (Telemadrid) ; STS de 13 de julio de 2017, y otras que le han seguido en la misma dirección.

§ 98 Pensión de viudedad e interpretación flexible de la condición de víctima de violencia de género.

Francisco A. Vila Tierno

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

Resumen: *La sentencia comentada concluye, como doctrina unificada, que la condición de víctima de violencia de género debe ser interpretada de un modo flexible como requisito para acceder, de manera extraordinaria, a la pensión de viudedad.*

Palabras clave: *Pensiones. Viudedad. Víctima de violencia de género.*

Abstract: *La sentenza in esame conclude, come dottrina unitaria, che la condizione di vittima di violenza di genere debba essere interpretata in modo flessibile come requisito per accedere, in via straordinaria, alla pensione di vedovanza.*

Keywords: *Pensioni. Vedovanza. Vittima di violenza di genere.*

I. Introducción

Con carácter general, el art. 220 LGSS establece el derecho al percibo de la pensión de viudedad, en los supuestos de en supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, al excónyuge superviviente en caso de fallecimiento de la que fuera en su momento su pareja, siempre y cuando se reúnan una serie de requisitos tasados por el legislador, esencialmente los indicados en el art. 219 LGSS.

No obstante, en el propio precepto al que hemos hecho referencia en primer término, se añaden una serie de exigencias adicionales para que la pensión se pueda obtener, aunque el vínculo matrimonial se hubiera extinguido por las vías que el Derecho Civil prevé para ello dentro del Derecho de Familia. A saber, se requiere la concurrencia de dos elementos de manera acumulativa: la inexistencia de un matrimonio o pareja de hecho con un tercero y el establecimiento de una pensión compensatoria de acuerdo con lo previsto en el art. 97 CC.

Se trata, en tal caso, de concretar como la existencia de una decisión que se adopta en la esfera personal y que afecta al ámbito del Derecho Privado tiene una repercusión directa en el marco de las prestaciones públicas de Seguridad Social. Esto es, como un acto de naturaleza estrictamente privada puede derivar efectos en lo Público

Recuérdese, en este sentido, que la pensión de viudedad, originalmente, trata de paliar la situación de necesidad que se presentaba por la pérdida del “cabeza de familia”, de aquel que aportaba la principal fuente de ingresos, si bien, parece que se ha ido consolidando la idea de “una reformulación del régimen jurídico de la pensión de viudedad para, por un lado, mejorar la situación de las familias dependientes de la renta del fallecido y, por otro, adecuar la acción protectora del sistema a las nuevas

realidades sociales era ya una reivindicación reiterada e insistente, especialmente en los últimos años”^[1].

En este contexto, la evolución de la propia sociedad nos ha situado ante escenarios dónde el matrimonio para toda la vida ha ido dejando paso a situaciones, cada vez más frecuentes, de rupturas matrimoniales, lo que, al tiempo, generaba tratamientos que se alejaban de un reconocimiento justo de los períodos de convivencia para acceder a la pensión^[2].

De este modo, la disolución del matrimonio o la separación no tenía por qué impedir la prestación si concurrían los requisitos establecidos en el reiterado art. 220 LGSS. Sin embargo, este panorama, que ya tenía su reconocimiento en el anterior art. 174 de la anterior versión de la LGSS, no reparaba en otra situación aún más injusta, la de la mujer que sufría un doble perjuicio por ser víctima de violencia de género. Esto es, además de las penurias sufridas por tal condición, sufría con posterioridad un nuevo “castigo”, en tanto que también perdía la pensión de viudedad si no había existido pensión compensatoria.

A ello se le dio respuesta mediante la modificación legislativa que la disposición final 3.10 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, lleva a cabo en el párrafo primero del apartado 2 del art. 174 LGSS, con efectos desde el 1 de enero de 2010. Reforma que se construyó sobre una enmienda que, en su momento, fue objeto de redacción por la profesora Quesada Segura en el marco del Observatorio Jurídico-Laboral de la Violencia de Género (UMA).

Esta resolución judicial vuelve a retomar esta materia y la necesaria interpretación flexible de los requisitos exigidos en estos supuestos.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1206/2024, de 17 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 3336/2022.

ECLI:ES:TS:2024:5080

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema que se suscita es reconducible a un esquema simple sobre la base de dos puntos referenciales:

1. Simultaneidad de la sentencia firme de separación judicial o divorcio y condición de víctima de género

La cuestión clave es si la “actora cumple con el requisito para tener derecho a la pensión de viudedad de ser víctima de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, como exige el artículo 220.1 LGSS” (FJ3º).

2. Ausencia de los requisitos para aplicar la disposición transitoria 13ª LGSS

Dicha disposición transitoria reconoce el derecho a la percepción de la pensión de viudedad -para supuestos de separación o divorcio anteriores a 1 de enero de 2008-, sin la exigencia de la pensión compensatoria, “cuando entre la fecha del divorcio o de

la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concorra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes:

- a) La existencia de hijos comunes del matrimonio.
- b) Que tenga una edad superior a los cincuenta años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión”.

En este sentido, la sentencia recurrida -nos resume la resolución ahora analizada- llega a la conclusión de “no considerar aplicable al caso la disposición transitoria decimotercera LGSS, al tener la actora 61 años en el momento del fallecimiento del causante y haberse igualmente superado los diez años entre las fechas del divorcio y de la separación a que hace referencia aquella disposición”.

Al respecto, la descripción fáctica del asunto objeto de debate (extraída de los antecedentes de hecho y del fundamento jurídico primero), se inicia con la solicitud, por parte de la actora, del derecho a percibir una pensión de viudedad por el fallecimiento, con fecha 25 de diciembre de 2018, del que fuera su esposo desde el 1 de julio de 1979, pero con sentencia de separación judicial de 17 de marzo 2000 y de divorcio de 24 de marzo de 2017. Al tiempo, con fecha de 6 de septiembre de 2018, el causante contrajo nuevamente matrimonio con una nueva pareja con la que acredita una convivencia desde el 27 de octubre de 2011.

La solicitud de la actora obtuvo respuesta denegatoria del INSS (8 de febrero de 2019) con la siguiente argumentación: haber transcurrido más de diez años entre la fecha de divorcio y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad, por no ser perceptora de pensión compensatoria, ni haberse producido a separación judicial y/o divorcio con anterioridad al 1 de enero del 2008, según artículo 220 y disposición transitoria decimotercera de la LGSS.

Frente a tal resolución, se presenta reclamación previa entendiendo que sería aplicable su condición de víctima de violencia de género. Para acreditar tal hecho, deber considerarse que “La actora presentó las denuncias contra su cónyuge que constan en el hecho probado tercero en los años 1998,1999, 2000 y 2004, recayendo las sentencias condenatorias que asimismo constan en ese hecho probado de los años 2000, 2004, 2005 y 2011”.

A partir de lo anterior se inicia la tramitación judicial, con sentencias desestimatoria tanto en la instancia como en Suplicación. La sentencia de instancia ratificada en Sala, “reconoce que existía violencia de género en el momento de la separación judicial (año 2000), pero no se daba el “elemento cronológico” previsto en la disposición transitoria decimotercera.1 LGSS de haber transcurrido un periodo superior a diez años entre la separación judicial (el citado año 2000) y el fallecimiento del causante (año 2018).

Y en el momento de la sentencia de divorcio (año 2017), la sentencia del juzgado de lo social entiende que no quedó acreditada la existencia de violencia de género, como exige el artículo 220.1 LGSS, pues -afirma la sentencia de instancia- la última denuncia es de 2004, de manera que tampoco se daría el “elemento cronológico” exigido por aquel precepto. La sentencia del juzgado de lo social cita la STS 22/2016, de 20 de enero (rcud 3106/2014)”. De manera paralela, el TSJ de Cataluña resuelve citando la STS 524/2021, de 12 de mayo (rcud 4697/2021), y entiende que se constata “una ruptura en su enlace temporal entre la denuncia cursada el 2 de septiembre de 2004 y el momento del divorcio (por sentencia de 24 de marzo de 2017) “no constatando... denuncias posteriores que acrediten que dicha situación (de violencia) persistiera” a esta última data”, por lo que no se cumpliría con lo exigido del artículo 220.1 LGSS”.

IV. Posición de las partes

La posición de las partes plantea dos hipótesis distintas, de un lado, la que defiende la actora (con la que coincide el Ministerio Fiscal) y, de otra, la que comparte el INSS y la segunda esposa del causante:

a) La demandante, como hemos adelantado, defiende que tiene la condición de víctima de violencia de género y que, por tanto, le es de aplicación el art. 220.1 LGSS, no exigiéndose el requisito de pensión compensatoria.

b) Por su parte, el INSS, cuestiona tal hecho, en tanto que, como también se ha señalado, argumenta que no se da el elemento “cronológico” de conexión entre la violencia de género y la sentencia de divorcio, como tampoco se cumple el plazo máximo de 10 años entre la separación judicial y el fallecimiento del causante (período que se supera ampliamente)

La segunda esposa del causante impugna de contrario el recurso de casación entendiendo, además, que no concurre la existencia de contradicción entre las sentencias sobre las que se basa el referido recurso.

El Ministerio fiscal entiende que debe prosperar el recurso de casación formulado. En este sentido, mantiene que la sentencia recurrida yerra cuando afirma que el último episodio relacionado con la violencia de género tuvo lugar en el año 2004, cuando se constata que la sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Igualada de 23 de febrero de 2011 condenó al causante por la comisión de una falta de amenazas.

V. Normativa aplicable al caso

La relación de preceptos es la que se enumera de manera esquemática a continuación:

- Art. 220.1 LGSS: “1. En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, concurriendo los requisitos en cada caso exigidos en el artículo 219, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el artículo siguiente.

Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y esta quedará extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última.

En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho”.

- Disposición transitoria decimotercera LGSS: “Disposición transitoria decimotercera. Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008.

1. El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el párrafo segundo del artículo 220.1, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una

duración mínima de diez años y además concorra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes:

- a) La existencia de hijos comunes del matrimonio.
- b) Que tenga una edad superior a los cincuenta años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.

La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

En los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad.

En cualquier caso, la separación o divorcio debe haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

Lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 220 de esta ley.

2. También tendrán derecho a la pensión de viudedad las personas que se encuentren en la situación señalada en el primer párrafo del apartado anterior, aunque no reúnan los requisitos señalados en el mismo, siempre que se trate de personas con sesenta y cinco o más años, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a quince años.

La pensión se reconocerá en los términos previstos en el apartado anterior”.

Por último, aunque no es directamente invocado en la sentencia, sería trascendente lo previsto en el art. 220.2 LGSS: “Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, esta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente (...)”

VI. Doctrina básica

La doctrina que se sienta como básica en esta sentencia se apoya en varias premisas que pueden quedar resumidas, a partir de lo expuesto en el fundamento jurídico tercero, del modo siguiente:

- El art. 220.1 LGSS exige que la condición de víctima de violencia de género sea “en el momento” de la separación o divorcio.
- Ello es lo que la STS 22/2016, de 20 de enero, denomina “elemento cronológico”. Elemento al que se alude expresamente en la STS 524/2021, de 12 de mayo citada en la resolución recurrida.
- El elemento cronológico debe tener en cuenta todas las circunstancias para valorar si la condición de víctima de violencia de género permite la obtención de la pensión de viudedad. Debe darse una conexión de funcionalidad entre la ruptura del matrimonio y tal violencia.
- Frente a la aplicación del INSS basada, en lo posible, en criterios de certeza, se alza la voluntad del legislador de introducir criterios de flexibilidad que permitan responder, de un modo más adecuado, a las situaciones de necesidad. Y ello justifica que la exigencia de la coexistencia de la violencia de género con la separación o divorcio, se interprete de un modo flexible, atendiendo a todas las circunstancias del caso.
- Junto con lo anterior, debe concluirse que el párrafo tercero del artículo 220.1 LGSS vincula tanto el momento de la separación judicial como el del

divorcio por sentencia firme, esto es, que admite cualquiera de las dos posibilidades. Y, el periodo no superior a diez años de la disposición transitoria decimotercera LGSS está relacionado con la ausencia de exigencia de pensión compensatoria y no con existencia de violencia de género.

VII. Parte dispositiva

La sentencia comentada estima el recurso de casación interpuesto por la actora, coincidiendo con el Ministerio Fiscal, sin condena en costas.

De esta forma, entendiendo confirmada la petición de la demandante, teniendo en cuenta lo previsto en el art. 220.2 LGSS al que antes aludíamos, "la Base Reguladora sería de 771,17 €, efectos de 25-12-2018, y el porcentaje a aplicar a la actora Sra. Felicidad sería del 98,55% y el 1,45% a la codemandada Sra. Guillerma, si bien, conforme al art. 220.2 LGSS debe garantizarse a la codemandada el 40%, por lo que a la actora le correspondería el 60% (Hechos pacíficos)".

VIII. Pasajes decisivos

Los pasajes más relevantes se concentran de un modo absolutamente claro en el Fundamento jurídico tercero cuando resuelve que:

"La aplicación de los criterios de la STS 524/2021, de 12 de mayo (rcud 4697/2018), conduce a entender que también el presente caso la actora tiene derecho a la pensión de viudedad reclamada.

En efecto, atendiendo a las circunstancias del caso, no parece dudoso que en el momento de la separación o del divorcio existía "una razonable conexión de funcionalidad temporal, una proximidad que ponga de relieve la probabilidad de que la ruptura del matrimonio" esté relacionada con la violencia de género.

En el presente supuesto, la conexión temporal de la violencia de género con la ruptura del matrimonio es evidente en el caso de la separación. La sentencia de separación judicial es del año 2000 y la actora había presentado denuncias contra su cónyuge en 1998, 1999 y 2000, recayendo sentencia condenatoria en el año 2000.

Pero lo que sucede es que la violencia de género prosiguió tras la sentencia de separación del año 2000. En efecto, la actora presentó denuncia el 2 de septiembre de 2004, lo que dio lugar a un juicio de faltas dictándose orden de alejamiento y recayendo sentencia condenatoria del causante el 7 de septiembre de 2004. Además, el 30 de marzo de 2005 recayó sentencia condenatoria del causante por malos tratos y amenazas. Y, finalmente, como ya hemos señalado, la sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Igualada de 23 de febrero de 2011 condenó al causante por la comisión de una falta de amenazas.

En este contexto, y aplicando los "criterios flexibles" y los "conceptos abiertos que permitan una mejor atención a las situaciones de necesidad (artículo 41 CE), al menos en casos determinados", a los que apela la STS 524/2021, no podemos sino concluir que también existió una razonable conexión temporal con el momento del divorcio.

Debemos señalar, adicionalmente, en primer lugar, que el párrafo tercero del artículo 220.1 LGSS se refiere al momento de la separación judicial "o" el divorcio por sentencia firme; en el presente caso se dio tanto la separación como el divorcio. Y, en segundo lugar, tampoco está de más señalar que el periodo no superior a diez años a que se refiere la disposición transitoria decimotercera.1 LGSS se relaciona con la no exigencia de pensión compensatoria y no con la violencia de género".

Argumentos que, de conformidad con la doctrina básica que hemos descrito, llevan a la estimación del recurso de casación en unificación de doctrina.

IX. Comentario

La violencia de género es una condición que sitúa a la mujer que la padece en una situación de vulnerabilidad absoluta. A tal fin el legislador reacciona estableciendo mecanismos de protección, entre otros, los vinculados a derechos de naturaleza prestacional. En este contexto, en el marco de la regulación de las pensiones de Seguridad Social, la viudedad debe tener una consideración especial cuando se relaciona con la violencia de género, en tanto que esta actúa como causa específica que provoca una ruptura del vínculo matrimonial en la que lo trascendente no es ya recibir una compensación económica, sino evitar el padecimiento de la víctima.

A estos efectos, como recuerda el Criterio de Gestión 4/2020, de 18 de febrero de 2020, del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas o divorciadas que no son acreedoras de pensión compensatoria y pueden acreditar ser víctimas de violencia de género, entre otras, la STS 22/2016 de 20 de enero, “se ha de acreditar que se es víctima de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio, debiendo concurrir tres datos para que surja la pensión de viudedad a través de la específica vía del artículo 220.1 del TRLGSS:

- un elemento instrumental: acreditarse la realidad a través de medios probatorios jurídicamente válidos;
- un elemento material: ser víctima de violencia de su ex pareja;
- y un elemento cronológico: que exista violencia de género al producirse la separación o divorcio.

Faltando uno solo de estos tres datos, entiende el Tribunal Supremo que deberá denegarse la prestación.

Del análisis de la aplicación por los tribunales superiores de justicia del elemento cronológico, según el cual se ha de acreditar que se era víctima de violencia de género en “el momento de la separación judicial o divorcio”, la DGOSS concluye que la interpretación del artículo 220.1 TRLGSS exige la existencia de un requisito o elemento temporal de coetaneidad entre la situación de malos tratos y la sentencia de separación judicial o divorcio, de modo que sea la situación de violencia de género el claro antecedente de la situación de crisis matrimonial, que desemboque en una separación judicial o divorcio”.

En cualquier caso, es necesario destacar como la condición de víctima se concreta de acuerdo con el art. 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, pudiendo existir situaciones anteriores a dicha regulación. En este sentido, el propio art. 220.1 in fine dispone que se podrá acreditar así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho, al margen de las fórmulas previstas en el propio precepto.

Ello supone que si el objeto del legislador es, como indicaba la Exposición de Motivos de la recién citada Ley Orgánica 1/2004, establecer medidas que contribuyan a superar el problema que representa este tipo de violencia, “Los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud”.

Interpretar, por tanto, la ley de un modo restrictivo, supondría, precisamente, un obstáculo que impediría el ejercicio pleno de los derechos fundamentales por parte de las mujeres que padecen aquella violencia.

Siendo así, la sentencia que ahora se analiza establece un reconocimiento adecuado del derecho a percibir la pensión en aquellos supuestos en los que claramente existe una conexión funcional entre la situación de violencia y la separación o divorcio, entendiendo que ello debe ser interpretado de un modo flexible que permita considerar una causa-efecto entre ambas realidades.

Si se constata, de este modo, por ejemplo, la presentación de denuncias penales por hechos de esta naturaleza de manera previa y simultánea al momento en el que se obtiene la sentencia de separación judicial, no puede negarse que existe la necesaria conexión funcional a la que tantas veces hemos aludido y que se reseña en la STS 524/2021, de 12 de mayo o en la STS 784/2024, de 30 de mayo.

A mayor abundamiento, como ha afirmado la STS 300/2024, de 20 de febrero, “La interpretación con perspectiva de género conduce, reforzando en este caso la literalidad de la norma, a interpretar el artículo 174.2 LGSS de 1994 (actual 220. 1 LGSS de 2015) en el sentido de que, si cumple todos los demás requisitos comunes de la prestación, la mujer que, por razón de violencia de género, estaba separada o divorciada del causante en el momento de su fallecimiento, sin ser acreedora de pensión compensatoria, tiene derecho a la pensión de viudedad”.

X. Apunte final

Para concluir, brevemente (también por cuestiones de espacio), es importante destacar que la resolución que ha sido objeto de comentario no resuelve de un modo definitivo que se entiende, de manera exacta, por conexión funcional entre el condicionante de violencia de género y la consecuente ruptura del vínculo matrimonial a los efectos de generar la pensión de viudedad.

Más bien, como expresamente se indica en la propia sentencia, deberá estarse a las circunstancias concretas de cada supuesto específico.

Ello, sin duda, introduce un elemento de causalidad de verdadera relevancia que no obsta a que, sin embargo, se establezcan una doctrina básica de enorme trascendencia y que se apoya en la necesaria interpretación flexible de aquella conexión. De otro modo, desaparece la medida de acción positiva que debe planificar el legislador.

Referencias:

1. ^ *Toscani Giménez, D. “La reformulación de la pensión de viudedad en la Ley 40/2007: algunas reflexiones críticas”. Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF, núm. 302, pág. 67*
2. ^ *Rodríguez Iniesta, G. “Últimas reformas en la protección a la viudedad en el sistema español de seguridad social y avance de las que se nos anuncian”. AA.VV.: Derecho vivo de la Seguridad Social: VI Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2021 / coord. por Guillermo Leandro Barrios Baudor, Guillermo Rodríguez Iniesta, 2022, págs. 49 y ss.*

§ 99 Acerca de la legalidad del descuento aplicado en retribución variable por ausencia al trabajo motivada por IT, disfrute de determinados permisos relacionados con la conciliación o suspensión de empleo sueldo por sanción disciplinaria.

Belén García Romero

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

Resumen: La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional debe resolver acerca de la validez del sistema de cálculo de la retribución variable por objetivos aplicado por la empresa demandada, en particular del descuento por absentismo que se practica y que conlleva reducciones por diversas ausencias, tales como la situación de IT, permisos por motivos familiares urgentes y otros permisos relacionados con la conciliación familiar, y por suspensión de empleo y sueldo por sanción disciplinaria.

Palabras clave: *Retribución variable. Primas por absentismo. Discriminación indirecta por razón de sexo. Discriminación directa por razón de enfermedad y discriminación por asociación.*

Abstract: *The Social Division of the National High Court must rule on the validity of the system for calculating the variable remuneration for objectives applied by the defendant company, in particular the discount for absenteeism which is applied and which entails reductions for various absences such as temporary disability, leave for urgent family reasons, and other leave related to family reconciliation, and for suspension of employment and ground due to disciplinary sanction.*

Keywords: *Variable pay. Absenteeism bonuses. Indirect discrimination based on sex. Direct discrimination based on illness and discrimination based on association.*

I. Introducción

La presente sentencia de la Audiencia nacional resuelve un conflicto colectivo planteado por el Sindicato UGT, al que se adhieren los sindicatos CCOO y USO, contra una disposición convencional que prevé un descuento en la retribución variable por ciertas ausencias que superen un determinado porcentaje, como son los periodos de incapacidad temporal, algunos permisos vinculados con derechos de conciliación y la suspensión de empleo y sueldo por sanción disciplinaria.

Con carácter previo, la Sala debe resolver la excepción de inadecuación del procedimiento suscitada por la parte demandada, lo que le da pie a la revisión de la jurisprudencia sobre la delimitación de los conflictos jurídicos y de los conflictos de intereses.

Una vez establecido el carácter jurídico del conflicto y admitida a trámite la demanda, entra a resolver el fondo del asunto, analizando la conformidad de la

regulación convencional controvertida con la legalidad vigente, para lo cual somete aquella al test de igualdad, interpretándola a la luz de la Ley 15/2022 y de la LO 3/2007, y de la doctrina judicial aplicable, con el fin de determinar si dichas disposiciones son discriminatorias para el trabajador. Igualmente debe decidir si la última de las ausencias previstas como causa de reducción de la retribución infringe lo dispuesto en el artículo 58.3 ET.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Audiencia Nacional. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 132/2024, de 28 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: Conflictos colectivos, recurso número 227/2024.

ECLI:

ECLI:ES:AN:2024:5272.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Piñonosa Ros.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

La cuestión controvertida objeto del presente procedimiento de conflictos colectivos consiste en determinar si en el cálculo de la retribución variable se han de tomar en consideración, como jornadas productivas, las correspondientes a los periodos de IT por cualquier contingencia, motivo y duración, las ausencias por causa de fuerza mayor reguladas en el artículo 37.9 ET, los permisos no retribuidos previstos en el artículo 58.1 y 2 del convenio colectivo, así como la suspensión de empleo y sueldo por sanción disciplinaria.

2. Hechos y Antecedentes

El 1 de julio de 2024 en el procedimiento de conflictos colectivos se interpuso una demanda por parte del sindicato UGT FICA (Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores) frente a las empresas del grupo CEPESA, en interpretación del Acuerdo de 29 de noviembre de 2021, suscrito entre el Comité Sindical y las mercantiles demandadas, sobre la gestión del sistema de gestión variable por objetivos para los empleados incluidos en el artículo 36 del Convenio Colectivo del Grupo Parcial Cepsa. Los sindicatos CCOO y USO se adhieren a la demanda.

En el Suplico de la citada demanda se interesaba se dictare sentencia por la que se declare el derecho al percibo íntegro del complemento por objetivos, como si estuviera prestando servicios con carácter efectivo durante todo el año y sin práctica alguna de reducción por absentismo en una serie de supuestos de ausencia al trabajo: incapacidad temporal por cualquier contingencia, motivo y duración, ausencia por causa de fuerza mayor prevista en el artículo 37.6 ET, permisos no retribuidos recogidos en el artículo 58.1 y 2 del convenio colectivo, así como la suspensión de empleo y sueldo por sanción disciplinaria.

La empresa demandada se opuso a los hechos de la demanda y, además, plantea la inadecuación del procedimiento por estimar que estamos ante un conflicto de intereses y no jurídico.

La parte demandante se opuso a la excepción de existencia de un conflicto de intereses, afirmando que lo que se cuestiona en el presente procedimiento de conflictos colectivos es una práctica empresarial no prevista en el Convenio y que se afirma contraria a la Ley.

Seguidamente se fijaron los hechos pacíficos y controvertidos, señalándose únicamente los siguientes:

Hechos pacíficos: El Convenio colectivo del grupo Cepsa establece en su artículo 36 que la retribución variable se regulará por el procedimiento de gestión por desempeño y se abonará conforme al procedimiento que se pacte en acuerdo. La retribución variable se regula en un acuerdo de 29 de octubre de 2021, pactado por la RLT y modificado por sendos acuerdos de 1 de abril de 2022. Está excluido el personal de Cepsa Madrid y Cepsa Química Madrid, para el que la retribución variable está prevista por el propio Convenio colectivo. El sistema mide un descuento por absentismo superior al 4 por 100 anual. De acuerdo con el mismo, el trabajador cobra la retribución variable de forma íntegra y durante toda la anualidad si su absentismo no supera el citado porcentaje. El sistema de gestión por objetivos (SGO) establece que la liquidación y pago exige estar de alta el 31 de diciembre del año de devengo y es proporcional al número de meses trabajados. Para el sistema SGO el riesgo durante el embarazo o el permiso por nacimiento hacen que el 100 por 100 del objetivo individual se tenga por cumplido. La modificación del 1 de abril de 2022 en el sistema convirtió los objetivos en colectivos y en el sistema SGO cambió el porcentaje del objetivo individual.

Hechos controvertidos: durante el tiempo trabajado el empleado cobra íntegramente la retribución variable. La IT superior a 6 meses y en este caso se tiene el objetivo individual al 100 por 100. El convenio colectivo establece una política de control del absentismo. No ha habido en la empresa ninguna ausencia debida a horas de fuerza mayor del artículo 37.9 ET.

IV. Posición de las partes

1. Parte demandante

El Sindicato demandante UGT estima que hay un incumplimiento empresarial del Acuerdo colectivo relativo a la gestión del sistema de retribución variable por objetivos para los empleados incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 36 del Convenio Colectivo del Grupo Parcial Cepsa. Considera que el incumplimiento empresarial reside en la regulación del descuento por absentismo que se practica como último paso para hallar el coeficiente final de la valoración por objetivos. La regulación del citado complemento lleva a su descuento en caso de absentismo de la persona trabajadora superior al 4%, salvo que la misma venga motivada por las siguientes causas: riesgo durante el embarazo y durante la lactancia, suspensión de la relación laboral por nacimiento y cuidado del menor y permiso por cuidado del lactante. En consecuencia, se efectuaría el descuento en los supuestos de IT con independencia de la patología y contingencia (salvo cuando sea superior a seis meses y sea considerada enfermedad de larga duración); en el supuesto de medidas de conciliación y en los casos de suspensión de empleo y sueldo por sanción.

La parte demandante señala que el sistema ha de adaptarse a las previsiones de la Ley 15/2022 para no otorgar un trato desfavorable por razón de enfermedad.

Los sindicatos CCOO y USO se adhieren a la demanda. El sindicato USO sostiene que, de conformidad con el artículo 58.3 del Convenio aplicable, el disfrute de los permisos previstos en dicho precepto no puede afectar a elementos de devengo superior a un mes, siendo la retribución variable de carácter anual. Asimismo, sostiene que aplicar un descuento en retribución variable en función del disfrute de permisos por acompañamiento familiar y fuerza mayor por motivos familiares urgentes supone una discriminación indirecta por razón de sexo.

2. Parte demandada

La representación de las empresas del grupo Cepsa codemandadas se opone a la demanda y solicita su desestimación. Argumenta que el sistema de gestión por objetivos es un sistema de corrección por absentismo que constituye una finalidad legítima y la pone en relación con la existencia de una comisión de absentismo prevista en el Convenio y con el abono del complemento por IT, pues el artículo 14 del mismo texto prevé su pago en función de la superación o no de un nivel de absentismo del 4%. En el sistema se prevén situaciones especiales (riesgo durante el embarazo, nacimiento de hijo) en las que se percibe el 100 por 100 del objetivo siempre. Asimismo, se percibe si se trata de una situación de IT superior a 6 meses, en supuestos de licencia sindical y en los casos de reducción de jornada por conciliación familiar del artículo 37.6 ET. En cuanto al permiso por fuerza mayor previsto en el artículo 37.9 ET se alega que no se ha planteado ninguna solicitud de disfrute de este derecho. Por lo que respecta a los permisos retribuidos de los artículos 58.1 y 2 del Convenio colectivo (adopción internacional, hospitalización o enfermedad grave del cónyuge o pareja de hecho, descendientes o parientes en primer grado por consanguinidad o afinidad), se aduce que solo se realiza el descuento si se supera el 4% de absentismo. Finalmente, en relación con los supuestos de suspensión de empleo y sueldo por sanción, se argumenta que los mismos no se consideran como absentismo y que la diferencia de trato viene impuesta por el propio Convenio, al existir una finalidad legítima de control del absentismo.

En fase de contestación a la demanda, la parte demandada añade que estaríamos ante un conflicto de intereses, no un conflicto colectivo jurídico, por lo que no es necesaria la interpretación de ninguna norma.

V. Normativa aplicable al caso

El presente conflicto colectivo afecta a las personas trabajadoras de las empresas demandadas a las que resulta de aplicación el sistema de retribución variable previsto en el artículo 36 del II Convenio colectivo del Grupo Parcial Cepsa (BOE nº 52, de 16 de febrero de 2024) y regulado mediante Acuerdo de 29 de octubre de 2021.

En consecuencia, las principales normas aplicables, y cuya interpretación se discute, son el citado artículo 36 del Convenio colectivo y el Acuerdo de 29 de octubre de 2021. Tales disposiciones son examinadas bajo el prisma de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral de trato y la no discriminación.

- Artículo 36 del II Convenio colectivo del Grupo Parcial Cepsa- Retribución variable:

“Se establece un sistema de retribución variable que se regulará por el Procedimiento de Gestión del Desempeño y que se abonará conforme al citado procedimiento en el año siguiente a su devengo.

El porcentaje de retribución variable se establece en un 10% de los conceptos de Salario base, Antigüedad, Complemento de Consolidación y aquellos otros establecidos a título individual o por acuerdo colectivo que sean base de retribución variable.

[...] se mantendrán las condiciones pactadas en los acuerdos suscritos en Cepsa Madrid y Cepsa Química Madrid [...].”

- Acuerdo de 29 de octubre de 2021, suscrito en el seno del Comité Sindical interempresas en materia de retribución variable:

“1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El presente acuerdo resulta de aplicación al personal incluido en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del Grupo Parcial (GPS) [...]

2. OBJETO DEL ACUERDO

El presente Acuerdo tiene por objeto regular el funcionamiento del sistema de gestión de la retribución variable prevista en el artículo 36 GPS para los empleados incluidos en su ámbito de aplicación. [...]

Evaluación de los objetivos

Cada uno de los objetivos tendrá definida una escala de consecución, con un umbral mínimo (llave) que conllevaría una evaluación del 70%, y por debajo del cual la evaluación del objetivo concreto sería del 0%; un objetivo de consecución del 100%; y un extraordinario que, de obtenerse, elevaría la evaluación máxima hasta el 150% de consecución. Mediante esta escala se determinará el “valor exacto” de consecución obtenido en cada objetivo durante el ejercicio. [...]

Una vez determinado el coeficiente de valoración conforme al criterio expuesto, para hallar el porcentaje final a aplicar sobre el porcentaje de retribución variable, se descontará el porcentaje de absentismo de la persona empleada con una ausencia al trabajo superior al 4% por todos los motivos, excepto licencias retribuidas, riesgo para el embarazo o para la lactancia, suspensión de la relación laboral por nacimiento y cuidado del menor y permiso por cuidado del lactante, en el año anterior, para establecer el importe bruto a percibir por este concepto. [...]

Liquidación y pago

[...]

Este concepto se percibirá siempre que esté de alta en la empresa a la fecha de su devengo, el 31 de diciembre de cada año, y proporcionalmente al número de meses trabajados el año anterior.

[...]

Situaciones especiales

Cuando dentro del periodo evaluado se producen bajas por riesgo durante el embarazo o suspensión de la relación laboral por permiso por nacimiento, se garantiza una valoración anual de los Objetivos Individuales del 100% (periodo en activo y de baja).

Cuando dentro del periodo evaluado se produzca una ausencia igual o superior a seis (6) meses por:

- incapacidad temporal continuada por enfermedad de larga duración.*
- disfrute de medidas de conciliación de la vida laboral y familiar.*
- licencia sindical.*

Se garantiza un 100% de los Objetivos individuales durante el periodo activo y/o alta.

[...]”

VI. Doctrina básica

Con carácter previo a la resolución del conflicto en cuanto al fondo, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional debe determinar si estamos ante un conflicto jurídico o ante un conflicto de intereses, como plantea la parte demandada, ya que de ser un conflicto de intereses la Sala tendría que desestimar la demanda.

- Delimitación jurisprudencial entre conflicto jurídico y conflicto de intereses

En el Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia glosada, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional reproduce la STS de 26 de junio de 2024- rec. 189/2022, que recoge la Doctrina de la Sala IV en relación con la diferenciación entre ambos tipos de conflicto y sus consecuencias en la correspondiente demanda. En ella se citan

numerosos pronunciamientos del TS en los que se dirime la naturaleza del conflicto planteado, de los que destacaremos los dos siguientes:

Así, por ejemplo, en la STS 543/2020, de 29 de junio (rec. 30/2019), se señala: *“El conflicto colectivo jurídico presupone una controversia que puede ser solventada aplicando una norma jurídica, pues lo que se cuestiona es la existencia, el alcance, el contenido o los sujetos de una relación jurídica disciplinada por la ley o por el convenio colectivo, o afectada por una decisión o práctica de empresa, en tanto se están cambiando de alguna manera las condiciones de trabajo y, como es lógico, surge la confrontación litigiosa (...). En suma, si lo que se pretende con una demanda que se plantea como conflicto colectivo es que sea el órgano judicial el que fije condiciones laborales cuyas notas o características no pueden extraerse o deducirse de ninguna fuente normativa u obligacional previa, nos encontramos ante una evidente falta de acción de quien así acciona y, por ello, la consecuencia habrá de ser la desestimación de la demanda (...).”*

En la misma línea, la STS 929/2020, de 20 de octubre (rec. 95/2019) declaró que *“a diferencia del conflicto de intereses o económico, cuya finalidad es la modificación del orden jurídico preestablecido y que, por ello, no puede encontrar solución en Derecho, ni permite que el Juez pueda suplantar la actividad negociadora de las partes -único procedimiento para pacificar la situación-, el conflicto colectivo jurídico presupone una controversia que puede ser solventada aplicando una norma jurídica. En este último lo que se cuestiona es la existencia, el alcance, el contenido o los sujetos de una relación jurídica que está disciplinada por la ley o por el convenio colectivo o que resulta afectada por una decisión o una práctica de la empresa. En suma, el conflicto jurídico surge porque una de las partes entiende que se están alterando de alguna manera las condiciones de las relaciones de trabajo”*.

- Doctrina judicial sobre retribución variable, primas por absentismo y su posible carácter discriminatorio

En el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia se revisan los argumentos empleados por la propia Sala de la AN en su sentencia de 11 de enero de 2024, proc. 280/2023, en la que se reiteran los criterios mantenidos en pronunciamientos anteriores en interpretación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en especial de sus artículos 2, 4, 6 y 9.1, así como del artículo 6 de la LO 3/2007, de Igualdad Efectiva y otras sentencias relevantes del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional para la resolución del presente caso, en concreto las tres siguientes:

- La STS de 3 de diciembre de 2019- rec. 141/2018, que, en aplicación de los artículos 3 y 6 de la LO 3/2007, consideró que una regulación estipulada en un pacto colectivo que establecía una retribución variable y que penalizaba a aquellos trabajadores que disfrutaban de permisos vinculados con el derecho a la conciliación de la vida laboral con la vida familiar y personal, suponía una discriminación indirecta por razón de sexo.
- La SAN de 8 de junio de 2016- autos 131/2016, en la que consideró legítimo que las empresas promovieran primas para reducir el absentismo.
- La SAN de 19 de junio de 2023- autos 114/2023, en la que, matizando la anterior doctrina, consideró que el condicionar el cobro de una retribución variable por objetivos al no haber cursado procesos por IT constituía una discriminación directa por enfermedad proscrita por el art. 2 de la Ley 15/2022, razonando igualmente que el condicionar la misma a no haber disfrutado de permisos relacionados con la conciliación suponía una discriminación indirecta por razón de sexo.

En la misma sentencia se alegaba que esta decisión resultaba discriminatoria por asociación, definida en el artículo 6.2.a) de la Ley 15/2022, como la que se produce cuando una persona o grupo en el que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo 2 de

esta ley, es objeto de un trato discriminatorio. Por ello, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 2.1 de la ley 15/2022, nadie puede ser discriminado por razón de enfermedad o estado de salud, el disfrute del permiso retribuido reconocido en el convenio colectivo para acompañamiento de hijos a las consultas médicas no puede conllevar ningún trato desfavorable para el trabajador, pues se estaría produciendo una discriminación del acompañante por asociación.

VII. Parte dispositiva

Previo desestimación de la excepción de inadecuación de procedimiento, estimamos la demanda interpuesta por la representación letrada de la Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (UGT FICA), a la que se adhieren los sindicatos CCOO-Industria y USO, contra las empresas COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS S.A, CEPSA [...]

Declaramos que en el sistema de cálculo de la retribución variable previsto en el acuerdo de 29 de octubre de 2021 no pueden aplicarse reducciones en los supuestos de incapacidad temporal, por cualquier contingencia, motivo y duración, ausencia por causa de fuerza mayor prevista en el artículo 37.9 ET, permisos no retribuidos previstos en el artículo 58.1 y 2 del Convenio colectivo, así como suspensión de empleo y sueldo por sanción disciplinaria. Se condena a la empresa demandada a estar y pasar por dicha declaración y al abono de las cantidades dejadas de percibir en el complemento por objetivos por tales ausencias. Sin imposición de costas.

[...] contra la misma cabe recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su abogado, graduado social o representante al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

[...]

VIII. Pasajes decisivos

FJ. 3º. [...]

En la demanda rectora del presente conflicto se solicita que se declare el derecho al percibo íntegro del complemento por objetivos, en los supuestos cuestionados, al tratarse de una práctica empresarial basada en un Acuerdo Colectivo que debe sr interpretado conforme a la norma vigente. Pues bien, con independencia del resultado de la procedencia o improcedencia de la petición que se formula es típica de un conflicto jurídico ya que se sostiene que las demandadas al no haber adaptado los términos de la aplicación del Acuerdo a la Ley estarían infringiendo lo dispuesto en la Ley 15/2022 y en el art.58.3 ET. No se pretende, por tanto, la sustitución del Acuerdo Colectivo sino su interpretación acorde a la normativa vigente. La excepción, por ello, debe ser desestimada.

FJ. 4º. [...]

[...] Existe, por ello trato peyorativo a todo trabajador que curse IT en función de la superación de un porcentaje que, a la vista del tenor literal de la Ley15/2022 y de la doctrina antes expuesta, no puede ser admitido.

En términos similares, pues ya nos hemos pronunciado sobre tales cuestiones, se produce una situación de discriminación indirecta en los supuestos de ausencias por causa de fuerza mayor del art.37.9 ET (...) y permisos no retribuidos de los arts. 58.1 y 2 del Convenio (...).

Se mantiene por la demandante un último supuesto en el que se limita la percepción de objetivos infringiéndoselo dispuesto en el art.58.3 del ET (...).

Pues bien, (...) los incentivos no pueden verse reducidos o suprimidos como consecuencia de que el trabajador hubiera recibido una determinada sanción pues ello

supone la imposición de una multa de haber proscrita por el art.58.3 ET. (...) Ello determina que tal criterio deba considerarse como no ajustado a derecho.

IX. Comentario

Tras analizar con carácter previo la doctrina jurisprudencial acerca de la delimitación del conflicto jurídico y conflicto de intereses para poder decidir acerca de la admisión de la demanda, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional concluye que en el presente conflicto se solicita que se declare el derecho al percibo del complemento por objetivos, en los supuestos cuestionados, al tratarse de una práctica empresarial basada en un Acuerdo Colectivo que debe ser interpretado conforme a la normativa vigente. Para la Sala no hay duda de que la petición que se formula es típica de un conflicto jurídico ya que se sostiene que las empresas demandadas al no haber adaptado los términos de la aplicación del Acuerdo a la Ley estarían infringiendo lo dispuesto en la Ley 15/2022 y en el artículo 58.3 ET. En suma, según se razona, no se pretende la sustitución del Acuerdo sino su interpretación acorde a la normativa vigente, por lo que la excepción de inadecuación del procedimiento debe ser desestimada.

A continuación, la Sala IV de la AN pasa a resolver la procedencia o improcedencia de la petición en cuanto al fondo, esto es, si en el cálculo de la retribución variable han de tomarse en consideración, como jornadas productivas, las correspondientes a los periodos de IT por cualquier contingencia, motivo y duración, la ausencia por causa de fuerza mayor prevista en el art. 37.9 ET, los permisos no retribuidos previstos en el artículo 58.1 y 2 del convenio colectivo, así como la suspensión de empleo y sueldo por sanción disciplinaria.

En este punto, la Sala considera que, siguiendo el planteamiento del sindicato accionante, el cómputo de tales periodos para la aplicación del descuento por absentismo previsto en los acuerdos de retribución variable ha de ser interpretado conforme al contenido de la Ley 15/2022. Sobre ello, se remite a los argumentos empleados en su sentencia de 22 de enero de 2024, proc. 280/2023, que reitera los criterios ya mantenidos en pronunciamientos anteriores.

En primer lugar, en relación con los periodos de IT, recuerda que, entre los motivos de discriminación prohibidos por la Ley 15/2022, figura la enfermedad o condición de salud (art. 2.1), y que, de acuerdo con su apartado 3, *“La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”*.

De otro lado, analiza las definiciones de discriminación directa e indirecta y por asociación del artículo 6 de la Ley 15/2022 y las contenidas, específicamente en relación con la discriminación por razón de sexo, en la LO 3/2007, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (art. 6).

Aplicando su doctrina contenida en la SAN de 16 de junio de 2023 (Autos 114/2023), para la Sala de lo Social de la AN en el presente caso la regulación convencional impugnada en cuanto a que determinadas ausencias justificadas del trabajador se computen para medir su nivel de asistencia a los efectos de percibir el correspondiente complemento salarial, incurre en tres tipos de discriminación: discriminación directa por enfermedad, discriminación indirecta por razón de sexo y discriminación por asociación por razón de enfermedad.

Así, en primer lugar, observa que existe un trato peyorativo a todo trabajador que curse IT en función de la superación de un porcentaje (el 4% de las jornadas de presencia en cómputo anual), ya que a partir de dicho umbral el abono de la retribución variable es directamente proporcional al tiempo correspondiente al periodo de alta en la empresa. Dicho trato desfavorable no puede ser admitido, a la luz de la Ley 15/2022 y de la doctrina judicial de la propia Sala, al basarse en una de las causas de discriminación proscritas por el art. 2 Ley 15/2022.

En segundo lugar, se produce una situación de discriminación indirecta por razón de sexo y por asociación en los supuestos de ausencias por causas de fuerza mayor del artículo 37.9 ET (motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata) y permisos no tribuidos de los apartados 1 y 2 del art. 58 del Convenio colectivo (adopción internacional y hospitalización o enfermedad grave del cónyuge o pareja de hecho, descendientes o parientes hasta el primer grado de afinidad o consanguinidad). En el caso de autos, este tipo de discriminación se produce al tomar en consideración el disfrute de permisos vinculados con la conciliación para limitar la retribución variable en función de la superación del 4% del nivel de absentismo.

Finalmente, en lo que respecta al último supuesto de limitación de la percepción de la retribución por objetivos- la suspensión de empleo y sueldo por sanción disciplinaria- considera que la misma supone una vulneración del artículo 58.3 ET (*“No se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber”*). En efecto, reiterando la doctrina contenida en la SAN de 19-6-2023, proc. 114/2023, la Sala afirma que los incentivos no pueden verse reducidos o suprimidos como consecuencia de que el trabajador hubiera recibido una determinada sanción, pues ello supone la imposición de una “multa de haber” proscrita por el art. 58.3 ET.

Todo lo anterior le lleva a la conclusión de que en los supuestos de ausencia indicados en la demanda se debe percibir la retribución variable sin aplicación de la cláusula por absentismo pretendida por la empresa.

X. Apunte final

Compartimos plenamente el fallo estimatorio de la demanda, ya que los motivos previstos en el Acuerdo de empresa para la reducción de la retribución variable por absentismo infringen ciertamente la legalidad vigente al suponer un trato peyorativo del trabajador por causa de enfermedad, ejercicio de determinados derechos de conciliación o multa de haber. Como se ha argumentado en la sentencia glosada, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina de la propia Sala de la Audiencia Nacional, las causas convencionales que permiten el descuento retributivo suponen bien una discriminación directa por enfermedad, o por asociación por enfermedad (artículo 2 y 6 de la Ley 15/2022), bien una discriminación indirecta por razón de sexo (art. 6 LO 3/2007) o, en lo que respecta al último supuesto previsto, una multa de haber, prohibida por el artículo 58.3 del ET.

§ 100 Consideración laboral del accidente de tráfico con presencia de drogas estupefacientes.

Ángel Arias Domínguez

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

Resumen: *Tras un accidente de tráfico en un desplazamiento laboral in itinere se detecta la presencia de drogas en el organismo del trabajador autónomo accidentado. Esta circunstancia, a juicio del Juzgado de lo Social competente, obsta la cobertura profesional del accidente, pues se asume que el trabajador se ha conducido con una imprudencia temeraria al manejar vehículos a motor bajo la influencia de dicha sustancia. La Sala de Suplicación entiende, sin embargo, que la imprudencia temeraria tiene una conformación diferente en el ámbito laboral que en el penal, y que para que la imprudencia acaezca y obre el efecto de restringir la protección profesional tiene que quedar indubitado que el evento dañoso se produjo precisamente por la ingesta de drogas estupefaciente, y dadas las características en las que se produjo el accidente –ausencia absoluta de culpa del trabajador accidentado, observación de una maniobra de evasión para evitarlo, lo que facilitó la producción de consecuencias menos graves de las esperadas en un evento de esa intensidad- es razonable concluir que dicha vinculación no se produce. Se estima, por tanto, el recurso y se considera que no se ha obrado con imprudencia temeraria.*

Palabras clave: *Accidente de trabajo de tráfico. Accidente "in itinere". Presencia de drogas tóxicas en el trabajador accidentado. Imprudencia temeraria.*

Abstract: *After a traffic accident on a commuting trip, the presence of drugs is detected in the body of the injured self-employed worker. This circumstance, in the opinion of the competent Labour Court, prevents the professional coverage of the accident, since it is assumed that the worker has behaved with reckless recklessness when driving motor vehicles under the influence of said substance. The Court of Appeal understands, however, that reckless negligence has a different conformation in the workplace than in the criminal one, and that for the recklessness to occur and have the effect of restricting professional protection, it must be unquestionable that the harmful event occurred precisely due to the intake of narcotic drugs, and given the characteristics in which the accident occurred – absolute absence of fault of the injured worker, observation of an evasive manoeuvre to avoid it, which facilitated the production of less serious consequences.*

Keywords: *Traffic work accident. Accident on the way to work. Presence of toxic drugs in the injured worker. Reckless imprudence.*

I. Introducción

La tradicional interpretación jurisprudencial de la imprudencia temeraria sostiene que, en línea general, esta se produce por la presencia de alcohol o drogas tóxicas estupefacientes en sangre del trabajador accidentado siempre que pueda racionalmente entenderse que la producción del accidente ha acontecido por la influencia de estos elementos. Y aunque la mera presencia de estos elementos no supone una presunción afirmativa del accidente, sí es cierto, no obstante, que juega un papel determinante en dicha consideración.

Pero el proceder interpretativo no es automático, por lo que para que exista dicha imprudencia debe acreditarse que la presencia de estos elementos perturbadores del obrar humano y de la consciencia han influido determinadamente en la producción del accidente. Respetando, naturalmente, las reglas de distribución de la prueba del acaecido en tiempo y lugar de trabajo y el acontecido fuera de ese ámbito, como por ejemplo el producido acudiendo al trabajo, como es el aquí debatido.

Lo que quiere la norma, la lógica interna de la norma, es que se hurte la protección privilegiada laboral porque el accidente acaeció precisamente por la presencia de esos elementos en la persona accidentada. Que se pueda asumir como relato de hecho que la ausencia de esos elementos hubiera supuesto que el accidente no se hubiera producido. Que la presencia de estos elementos ha tenido, en definitiva, una influencia determinante en la producción del accidente. Pero no hasta el punto de hurtar toda la protección que el ordenamiento de Seguridad Social dispensa, pues el trabajador que así se ha conducido sí queda protegido por el advenimiento del accidente, aunque no en su manera privilegiada, no en su consideración profesional.

Esta circunstancia -que el trabajador no quede desprotegido totalmente por la producción del accidente, en la medida en que continúa tutelado como accidente no laboral- ha acentuado la línea interpretativa que marcaba la imprudencia temeraria en los supuestos de presencia de alcohol o drogas tóxicas, implementando un singular principio general no reglado que aboga por entender que, en estos casos, la imprudencia laboral prácticamente puede presumirse. Con todos los matices que se quiera, y con toda la prudencia que una generalización conlleva, la presencia de drogas tóxicas en el organismo del trabajador accidentado ha supuesto que el accidente fuera de tiempo y lugar de trabajo se considere no laboral, pues se entiende que la imprudencia sobreviene por esta sola causa. Cuestión distinta acontecería si el accidente en vez de producirse *in itinere* acaeciera en tiempo y lugar de trabajo, pues en estos casos la presunción afirmativa del accidente juega a favor de su consideración laboral. Algún margen mayor de tolerancia se ha tenido con el consumo de alcohol, especialmente en los niveles que superan escasamente la consideración delictiva, pero con el consumo de drogas se ha sido generalmente algo más estricto, muy en la línea que divide ambas sustancias en el despido disciplinario por su ingesta, menos tolerante con las drogas que con el alcohol.

El problema que se aborda en el asunto aquí comentado es precisamente este, si en la provocación de un accidente de tráfico, que indudablemente era *'in itinere'* -este punto no se discute, si siquiera se analiza- la presencia de drogas tóxicas en el trabajador accidentado hurta, en una primera interpretación jurisdiccional de la cuestión, la consideración laboral del accidente, por entenderse que ese sólo hecho debe considerarse como una imprudencia temeraria del trabajador accidentado. Sin embargo, en un caso, como en acaecido en este supuesto de hecho, en donde parece claro que el trabajador no ha tenido ninguna responsabilidad en la producción del accidente, conduciéndose incluso -ir hacia el arcén cuando divisaba el peligro- con una cierta pericia al volante que evitó consecuencias mayores del hecho dañoso, puede analizarse la concurrencia de la imprudencia temeraria desde los parámetros clásicos que reclaman que se acredite que el accidente se ha producido, precisamente, por la ingesta de dichas drogas. Es decir, en caso como el aquí acontecido parece reclamarse un entendimiento clásico de los elementos que componen la imprudencia temeraria, sin presumir que el accidente se ha producido por su mera presencia. En este caso, como la conexión racional y lógica entre la cantidad de drogas detectadas

en el organismo del trabajador (que, además, había sido intervenido por lo sanitarios que se suministraron un tratamiento médico para mitigar el dolor) y la forma y manea en que se produjo el accidente no queda del todo explicitada, no procede entender que el accidente se produjo por una imprudencia temeraria del trabajador.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 534/2024, de 10 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de suplicación núm. 322/20224.

ECLI:ES:TSJEXT:2024:1071.

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Alicia Cano Murillo.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El actor, ahora recurrente en suplicación, suscribió, como trabajador autónomo un *“contrato menor”* en régimen de exclusividad con la Consejería de Cultura, Turismo y Deportes de la Junta de Extremadura, con el propósito de ejercer de *“comisario artístico de la exposición sobre Estefano”* que se estaba organizando con ocasión de la conmemoración de su quinto centenario.

El 14 de diciembre de 2022 sufrió un accidente de circulación transitando hacia la localidad de Zalamea de la Serena. El propósito del desplazamiento en su vehículo privado era *“ayudar en los trabajos preliminares del acto inaugural que tendría lugar el 16 de diciembre de 2022”*. El accidente produjo varios heridos y daños materiales de gran consideración.

Tras el accidente el actor *“dio positivo en THC”*, lo que conllevó una denuncia de por parte de *“la fuerza actuante”* por infracción de la normativa de la Ley de Seguridad Vial por *“circular con el vehículo reseñado teniendo presencia de drogas en el organismo”*

En entidad gestora de la prestación de incapacidad temporal entendió que la contingencia de la prestación debía ser común.

El actor intimó la tutela jurisdiccional de su pretensión de que la contingencia fuese considerada profesional, obteniendo una respuesta negativa.

Disconforme con el fallo recurrió en la suplicación que es resuelta por la resolución objeto de comentario.

IV. Posición de las partes

La entidad gestora entiende que la presencia en el organismo del actor de sustancias tóxicas estupefacientes obra el efecto de hurtar la protección privilegiada que supone la consideración profesional del accidente, básicamente por entender que se ha conducido con una imprudencia temeraria.

El actor, por su parte, aprecia que esta circunstancia no obra tal efecto, y que, en todo caso, procede la declaración de que el accidente de trabajo es debido a una contingencia profesional, pues entiende que no se ha conducido imprudentemente.

Argumenta su posición en tres razonamientos.

En primer lugar, que del hecho de dar positivo por “THC, *no puede colegirse sin más que su comportamiento haya de calificarse como imprudencia temeraria que excluye la contingencia de accidente de trabajo in itinere*”.

En segundo lugar, que de las pruebas realizadas en el atestado de la Guardia Civil se extrae la conclusión de que “*el demandante tuvo nula responsabilidad en la causación del siniestro*”.

Y, en tercer lugar, que la denuncia incoada por haber dado positivo en el test de drogas “*fue archivada habida cuenta que, con carácter previo, los servicios de urgencia le habían suministrado tratamiento farmacológico para suprimir el dolor, circunstancias que los agentes desconocían al momento de efectuar la prueba*”.

Entiende, en definitiva, que “*el mero positivo en ausencia de síntomas o evidencias de su ingesta no conlleva, sin más, la calificación de la actuación del demandante como imprudencia temeraria, máxime cuando el demandante no ha protagonizado conducta alguna que pueda calificarse como imprudente, teniendo en cuenta que el siniestro fue causado por un tercer vehículo que efectuaba antirreglamentariamente una maniobra de adelantamiento a varios vehículos sin disponer de espacio suficiente para ello, habiendo actuado el recurrente de forma adecuada pues, ante la descuidada, temeraria y descontrolada maniobra, no pudo evitar la colisión pese a circular disminuyendo la velocidad y por el arcén, tal y como consta en el los folios 30 y 24 del atestado levantado por la Guardia Civil*”.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 156 LGSS: “*Concepto de accidente de trabajo.*

...

2. *Tendrán la consideración de accidentes de trabajo:*

a) *Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo.*

...

4. *No obstante lo establecido en los apartados anteriores, no tendrán la consideración de accidente de trabajo:*

...

b) *Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado*”.

VI. Doctrina básica

No puede presumirse la imprudencia temeraria por la mera presencia de drogas tóxicas en el trabajador accidentado. Para que esta imprudencia obre el efecto de privar al accidente de su tutela privilegiada laboral debe tenerse plena constancia de que dichas drogas han influido en el modo y forma de conducción del vehículo a motor, y que existe un nexo de unión racional y nítido entre la presencia de dichos tóxicos y la producción del accidente, al punto de poder deducir que este no se hubiera producido sin la presencia de aquellas.

VII. Parte dispositiva

Se estima el recurso de suplicación impetrado contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cáceres y estimando la demanda se declara que el accidente sufrido por el actor fue debido a contingencia laboral.

VIII. Pasajes decisivos

“*la sentencia de esta Sala de 9 de enero de 2005, Rec. 669/2005, en la que partiendo de la doctrina expuesta razonamos: “(...) el Alto Tribunal llega a afirmar que ni tan siquiera es equiparable la imprudencia temeraria en su configuración penal con*

la imprudencia temeraria a la que se refiere el precepto regulador del accidente de trabajo, distingo que asienta en la distinta finalidad que persiguen. Así, en palabras de la sentencia de 10 de mayo de 1988 antes citada, "la primera tiene por objeto proteger al colectivo social de los riesgos causados por conductas imprudentes, y la segunda sancionar con la pérdida de protección un riesgo específicamente cubierto, y esta diversidad de fines se traduce en que en este último supuesto, según constante doctrina, para que concurra la imprudencia temeraria es preciso que se observe una conducta que asuma riesgos manifiestos innecesarios y especialmente graves, ajenos a la conducta usual de las gentes". Por último podemos citarla sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1999, que al analizar un supuesto de accidente de circulación y conductor al que se detecta gran cantidad de alcohol, señala: "no se puede hacer una declaración general, como en esencia se propugna, sobre si una determinada tasa de alcoholemia puede configurarse como la imprudencia que rompe la relación de causalidad. La imprudencia se configura en relación con las circunstancias de hecho que se dan en cada supuesto litigioso, y esas circunstancias concurrentes son de apreciación inicial del juzgador en cada caso concreto, para determinar si existe o no la causa de exclusión de la presunción de laboralidad"

"Con arreglo a ello, no puede presumirse la imprudencia temeraria por el simple dato de la presencia desustancias tóxicas en el análisis realizado al demandante, pues en modo alguno consta su influencia en la conducción de su vehículo. Es más, lo que sí consta es que el siniestro no fue ocasionado por el demandante, sino por otro conductor, así como que el actor efectuó una maniobra correcta para paliar los efectos de la conducta antirreglamentaria de un tercero, que evidencia los nulos efectos del consumo de las sustancias tóxicas que, por otra parte, ni tan siquiera se refiere la medida de las drogas encontradas en su organismo. Ninguna relación tiene el supuesto de hecho de la sentencia que cita la resolución recurrida con el presente. En aquél se declara probado que, respecto el trabajador fallecido como consecuencia del accidente de tráfico, se constató la presencia en sangre de sustancias como la marihuana y anfetamina y que el testimonio de las diligencias judiciales acredita que conducía con total desatención y que no efectuó maniobra evasiva alguna para evitar la salida de la vía en un tramo recto y con buena visibilidad, que tuvo como consecuencia su muerte, y dos personas heridas, razonando lamentada sentencia: "Del relato de Hechos probados e informe del Médico Forense que prevalece al de parte, se concluye que existe una relación de causalidad entre las sustancias halladas en sangre y humor vítreo y la afectación de la capacidad cognitiva en la conducción de vehículos de motor. Se acredita su consumo muy reciente a la conducción, asumiendo conscientemente a sabiendas de dicho consumo y consecuencias y de la advertencia del copiloto, el riesgo de la conducción de forma temeraria", no concurriendo otras circunstancias o factores que pudieran incidir en la producción del siniestro."

IX. Comentario

El consumo de sustancias tóxicas estupefacientes en el trabajo ha generado dos problemas principalmente: la sanción de su consumo con el despido disciplinario, que no es objeto de atención en este momento^[1], y la calificación del accidente de trabajo con presencia de estos elementos en el trabajador accidentado, jugando un papel muy destacado en el último grupo los accidentes acaecidos con ocasión del tráfico rodado, especialmente los itinerantes.

El Profesor Sempere Navarro y el que firma este comentario realizamos un estudio dogmático y jurisprudencial sobre esta problemática, bajo el título "*Accidentes Laborales de Tráfico*" que publicamos monográficamente en la editorial Aranzadi alcanzando tres ediciones (2010, 2011, y 2015). En él detectábamos las líneas de tendencia jurisprudenciales en la materia, que se han visto inalteradas en sus estructuras básicas, aun a pesar del tiempo transcurrido y la gran evolución jurídica (y social) que se ha tenido con dicha circunstancia, claramente restrictiva.

Así, de manera similar a lo que acaece en el consumo de bebidas alcohólicas, al accidente de trabajo tras haber consumido drogas tóxicas o estupefacientes no se le priva de su protección privilegiada a no ser que, de manera expresa, se acredite la

existencia de una imprudencia temeraria en el trabajador accidentado, que queda acreditada por la presencia de drogas en el trabajador accidentado, uniendo intuitivamente de manera más rápida y directa el consumo de drogas con la imprudencia temeraria, sin acudir al criterio relativista que implementa la muy importante y usualmente mal citada (también por la resolución objeto de comentario) STS-SOC de 31 de marzo de 1999 (RJ 1999\3780), como comentaremos en la última parte de este comentario.

Un ejemplo muy claro de esta línea de tendencia puede ser, entre otras muchas, la STSJ-SOC Castilla-La Mancha, de 2 de octubre de 2006 (AS 2006\3085) que afirma que *“dicha imprudencia se configura como temeraria, siendo la causa única, directa e inmediata del accidente la actuación del conductor que, sabedor del riesgo intrínseco de su profesión, ingirió diversas sustancias tóxicas, como cocaína, heroína, dihidrocodeína y aprazolam, sabiendo que necesariamente iban a incidir muy negativamente en sus facultades físicas y psíquicas, pese a lo cual se puso al volante de un camión articulado, viniendo a romper así el nexo causal entre el trabajo y las lesiones, en este caso el fallecimiento, del trabajador, el cual tuvo su causa en la imprudencia temeraria del mismo”*.

Sin embargo, una interpretación más relativista puede implementarse. Así, por ejemplo, la STSJ-SOC País Vasco, de 7 de junio de 2005 (AS 2005\2611) señala que *“...consta que el fallecido había consumido cocaína, pero también consta que ese consumo se había producido, al menos, dos horas antes del accidente; se ha probado que el accidente tuvo lugar veinte minutos después de finalizar la jornada laboral, lo que supone que la ingesta de cocaína no pudo producirse en este tiempo intermedio; sabemos que el trabajador realizó ese día su trabajo con total normalidad, en las exigibles condiciones de profesionalidad y rendimiento, sin que se detectara ninguna circunstancia anómala.../...En definitiva, el Sr. R infringió, desde luego, alguna norma de circulación (pero) de estas circunstancias no puede concluirse que el accidente se hubiera producido por imprudencia temeraria del trabajador.../...A ello ha de añadirse, puesto que en ello basa de manera sustancial su recurso la Mutua, que tampoco se ha podido concluir que el accidente se hubiera producido por la situación de hallarse el trabajador bajo los efectos de la cocaína, puesto que se desconoce su estado, si bien durante toda su jornada fue normal hasta el final de la misma y se desconoce también la real influencia del consumo de esa sustancia en el fallecido...”*

Es decir, se exige que se acredite la influencia de la droga tóxica en la pericia al volante, por lo que *“el no poder determinar la intensidad y/o gravedad de los síntomas no se puede concretar si el accidente se produjo a consecuencia o no de los efectos por consumo de cannabis”* (STSJ-SOC Comunidad Valenciana, de 2 de mayo de 2006 (AS 2006\2814).

Se pretende, en definitiva, implementar una línea interpretativa que relativice la importancia del consumo de drogas en la producción del accidente, bien porque se acredita que hace varias horas que se consumió, bien porque no queda totalmente acreditada la circunstancia del consumo, bien porque la prueba realizada para la obtención de la muestra fue incorrectamente realizada.

Así, por ejemplo, en el asunto terminado con la STSJ-SOC Castilla y León (Valladolid), de 30 de mayo de 2012 (AS 2012\2680) se minusvalora la importancia de la presencia de drogas porque *“según el atestado de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, la causa principal del accidente sufrido por el actor fue muy posiblemente la fatiga o somnolencia”*, sin que pueda deducirse *“que exista una relación de causalidad entre el consumo del cannabis y el accidente de tráfico”*, aun a pesar de que se incoaron diligencias previas en el Juzgado competente para la prosecución de un delito penal por estas circunstancias.

En otras ocasiones se ha argumentado que la ingesta pretérita días atrás de la sustancia tóxica encontrada en el organismo del trabajador accidentado no puede ser la causante del accidente producido (STSJ-SOC Castilla y León (Valladolid), de 15 de marzo de 2004 [JUR 2004\ 97061]), o que el consumo terapéutico de determinadas

drogas indicado para el tratamiento psiquiátrico del trabajador no puede ser la circunstancia desencadenante del accidente, pues se produce bajo un estricto control médico, circunstancia que por sí misma excluye la posibilidad de considerar que concurre imprudencia temeraria en la conducta del trabajador, porque, además, los facultativos del servicio público de salud que trataban al trabajador fallecido nunca habían manifestado la incompatibilidad entre el tratamiento médico que seguía el trabajador y su aptitud para conducir vehículos pesados (STS-J-SOC Cataluña, de 7 de julio de 2006 [AS 2007\529]).

Son unos meros ejemplos que muestran la línea dúctil y flexible que se mantiene en esta materia para la consideración de la imprudencia temeraria por consumo de drogas tóxicas, alejada de la tónica que preside las normas de tráfico, muchísimo menos tolerantes con la ingesta de drogas o alcohol.

No se está en absoluto de acuerdo con dicha tendencia jurisprudencial. Básicamente porque mientras que para los accidentes de trabajo ordinarios, fuera del tráfico rodado y de la presencia de vehículos de circulación, no existe norma que impida realizar el trabajo con consumo de alcohol o drogas tóxicas, para la conducción de vehículos a motor sí existe una prohibición absoluta, basada en la experiencia científica, que subraya, sin ambages y sin excepciones, que se pierde atención y reflejos tras el consumo de alcohol o drogas tóxicas, y que estas dos capacitaciones son imprescindibles para el correcto manejo de vehículos a motor. La imprudencia temeraria, por tanto, acaece pro la mera ingesta de drogas o alcohol.

Es irrazonable, desde cualquier punto de vista que se aprecie este cuestión, que pueda operarse con dos criterios absolutamente contradictorios -hay siempre imprudencia tras el consumo de alcohol o drogas para las normas de circulación, pero no siempre para las de Seguridad Social- para el enjuiciamiento de las diversas consecuencias (penales y laborales) de un mismo hecho en sí delictivo, pues conducir bajo la influencia de drogas o alcohol lo es.

Mientras que para un accidente alejado de la circulación de vehículos a motor puede ser razonable emplear un parámetro relativista, observando cada caso con la debita singular atención pues se carece de una norma de prohibición absoluta, para los accidentes de trabajo de tráfico con presencia de alcohol sí se cuenta con normas que determinan *iuris et de iure* que estamos en presencia de una imprudencia grave, además de punible desde el punto de vista penal. Téngase presente, además, que para los accidentes de trabajo ordinarios la presunción afirmativa juega a favor de la consideración laboral del accidente, mientras que para los itinerantes la consideración laboral del accidente ha de debe probarse.

¿Y por qué se produce esta interpretación flexible en los accidentes de trabajo de tráfico exigiendo la acreditación de la imprudencia y no presumiéndola por la mera presencia de alcohol o drogas?

Es difícil dar una respuesta contundente, pero, desde luego, tiene mucho que ver en ello la incorrecta y constante cita (también por la resolución que se comenta) de la STS-SOC de 31 de marzo de 1999 (RJ 1999\3780), pues suele ser utilizada como antecedente de autoridad para los accidentes de trabajo de tráfico con presencia de alcohol en el trabajador accidentado cuando, en realidad, no analiza esa problemática en absoluto.

Es un ejemplo muy claro de empleo reiterado de una resolución de manera incorrecta.

X. Apunte final

Ciertamente, la resolución del supremo se cita de manera incorrecta en multitud de ocasiones. Porque se emplea para relativizar la presencia de alcohol o drogas en el trabajador accidentado *in itinere* cuando, en realidad, el supuesto de hecho analiza la presencia de alcohol en un accidente de trabajo ordinario, estándar, bien es cierto que

con presencia de una máquina, un camión en este caso, pero que no se utilizaba con ocasión del tráfico rodado.

La sentencia de suplicación antecedente que analiza la del Tribunal Supremo (STSJ-SOC Cataluña, de 20 de mayo de 1998 [AS 1998\2081]) recoge la declaración de hechos probados en los siguientes términos *"II.-Sobre las 11.30 del día 27 de junio de 1996 el señor A. estacionó el camión a unos 50 cm de la pared del almacén de la empresa "Suizo Hotel, SA" en Avda. Barcelona 9 de Sant Vicenç deis Horts, donde debía descargar materiales. El señor A. accionó la grúa y la palanca del hidráulico, saliendo el estabilizador hidráulico delantero derecho que le atrapó contra la pared, no pudiendo salirse al tener situado el camión a unos 50 cm de la misma causándole la muerte. III.-Practicado análisis de sangre en el Instituto Nacional de Toxicología dio como resultado la concentración de alcohol etílico en sangre de 1,8 g/l del causante"*.

Es decir, este accidente no puede configurarse, en realidad, como accidente de trabajo *in itinere*, sino como un accidente de trabajo en tiempo y lugar de trabajo, pues cuando el trabajador maneja el sistema hidráulico que mueve la grúa del camión se encuentra fuera del vehículo, con éste totalmente detenido, por lo que no puede configurarse como accidente itinerante, sino accidente de trabajo estándar, en tiempo y lugar de trabajo. Además, aunque emplease un camión para realizar su labor el accidente con él tendría necesariamente ser considerado accidente en tiempo y lugar, porque su trabajo consistía precisamente, en llevar una carga de un sitio a otro empleando un camión.

Que no puede configurarse como accidente itinerante, sino acaecido en tiempo y lugar conlleva dos consecuencias. En primer lugar, que la consideración laboral del accidente se presume, pues el trabajador se encuentra efectivamente en tiempo y lugar de trabajo, y quien niegue dicha consideración deberá probar la existencia de elementos que desvirtúen la presunción afirmativa, es decir, que la presencia de alcohol en sangre constituye una imprudencia temeraria que obsta la consideración laboral del accidente. Y, en segundo lugar, que, a diferencia de lo que ocurre en el tráfico rodado, para el accidente así producido no hay normas que impidan el desarrollo del trabajo bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

En definitiva, el Tribunal no enjuicia un accidente de tráfico acontecido *in itinere*, sino a un accidente laboral con presencia de un elemento imprudente (la tasa de alcohol en sangre de 1,8 g/l.) por un uso incorrecto o indebido de un vehículo herramienta (concretamente un camión) que estando estacionado, es decir, totalmente detenido (cierto es que el trabajador finalmente accidentado había conducido previamente el camión hasta el punto en el que luego se produjo el accidente), fue manipulado incorrectamente únicamente en la parte que afecta a su remolque provocando un accidente por aplastamiento del trabajador contra la pared con consecuencias mortales.

No es, en definitiva, como se comenta, un accidente *in itinere*, sino un accidente acaecido en tiempo y lugar de trabajo y por eso la resolución que comentamos [la STS-SOC de 31 de marzo de 1999 (RJ 1999\3780)] emplea un criterio relativista de la influencia del alcohol en sangre al afirmar que *"no se puede hacer una declaración general, como en esencia se propugna, sobre si una determinada tasa de alcoholemia puede configurarse como la imprudencia que rompe la relación de causalidad. La imprudencia se configura en relación con las circunstancias de hecho que se dan en cada supuesto litigioso, y esas circunstancias concurrentes son de apreciación inicial del juzgador en cada caso concreto, para determinar si existe o no la causa de exclusión de la presunción de laboralidad"*.

Es decir, el criterio relativista se emplea para un supuesto de hecho de accidente laboral en el que juega a favor del trabajador la presunción afirmativa del accidente, un accidente laboral en tiempo y lugar de trabajo. Pero aplicar este mismo parámetro relativista para un accidente itinerante, como hacen la resolución que comentamos y otras muchas que también emplean, por error, el criterio de autoridad de la resolución del TS comentada, es un error, por dos razones.

En primer lugar, porque en estos supuestos la presunción afirmativa del accidente no juega a favor de la consideración laboral del mismo. Y, en segundo lugar, porque para estas situaciones de tráfico rodado hay normas estrictas que prohíben absolutamente el consumo de alcohol y drogas estupefacientes, por lo que para estos accidentes de tráfico la imprudencia temeraria se consuma por la mera presencia de alcohol o drogas en el organismo del accidentado, en este caso del trabajador accidentado.

En definitiva, que se emplea incorrectamente un parámetro relativista construido para una determinada situación de hecho (accidentes en tiempo y lugar de trabajo) para una situación radicalmente distinta (accidente de tráfico *in itinere*) para el que no pueden aplicarse las premisas interpretativas que edifican el criterio relativista.

En la resolución comentada se aprecia, no obstante, una singularidad que pudiera determinar una respuesta diferente a la que se propone, más en la línea de la finalmente adoptada. Que existen dudas sobre la sustancia que se encontraba en el organismo del trabajador accidentado, pues la intervención de los servicios sanitarios había suministrado determinados medicamentos para reducir el dolor del trabajador accidentado. Explorar este camino podría haber dado frutos interesantes en relación con la minusvaloración de la presencia de las sustancias tóxicas en el organismo del trabajador accidentado, pero emplear un criterio relativista sobre la influencia de las drogas en la conducción es, a juicio del este comentarista, inoportuno e inadecuado.

Referencias:

1. ^ Sobre los márgenes de tolerancia empresarial en el consumo de sustancias tóxicas y sobre la diligencia debida del trabajo en estas circunstancias véase: ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Fumar porros en el trabajo no es motivo de despido», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, Vol. 22/2004, pp. 281 y ss.

ÍNDICE DE ÓRGANOS JUDICIALES

I. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- §81. STEDH de 8 de octubre de 2024 (Aghajanyan v. Armenia). Whistle-blowing: un repaso a las condiciones de protección del denunciante de irregularidades a la luz de la STEDH de 8 de octubre de 2024 (Aghajanyan v. Armenia). *José Fernando Lousada Arochena*.

II. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- §1. STJUE (Sala Primera) de 18 de enero de 2024 (Asunto C-631/22). La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato. *Pilar Rivas Vallejo*.
- §21. STJUE (Gran Sala) de 20 de febrero de 2024 (Asunto C-715/2020). Principio de no discriminación. Diferencia de trato en caso de despido. Resolución inmotivada de contrato de duración determinada conforme a la ley. *Carlos Hugo Preciado Domènech*.
- §11. STJUE (Sala Sexta) de 22 de febrero de 2024 (Asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22). Los indefinidos no fijos, ¿una historia interminable hacia su terminación? Su capítulo inédito de la llamada expresa del Tribunal de Justicia a la modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Constitución y Derecho de la Unión. *María Emilia Casas Baamonde*.
- §22. STJUE (Sala Séptima) de 22 de febrero de 2024 (Asunto C-125/23). Protección de los créditos impagados a los trabajadores en caso de insolvencia empresarial. Aplicación de la Directiva 2008/94/CE. *Eduardo Rojo Torrecilla*.
- §23. STJUE (Sala Séptima) de 22 de febrero de 2023 (Asunto C-589/22). Las bajas voluntarias inducidas por la empresa computan en los despidos colectivos y activan la obligación empresarial de consultas con los representantes de los trabajadores. *Magdalena Nogueira Guastavino*.
- §41. STJUE (Sala Séptima) de 16 de mayo de 2024 (Asunto C-673/22). Inidoneidad del planteamiento de la cuestión prejudicial cuando se invoca norma distinta a la aplicable al caso: aplicación de la regulación del permiso parental al permiso por (maternidad) nacimiento de hijos. *Pilar Rivas Vallejo*.
- §61. STJUE (Sala Sexta) de 13 de junio de 2024 (Asuntos acumulados C-331/22 y C-332/22). Funcionarias interinas y su conversión en funcionarias fijas sin adquirir la condición de funcionarias de carrera. La temporalidad abusiva en el empleo público y su transformación judicial en fijeza como sanción, con el límite de la interpretación *contra legem* del Derecho español. *María Emilia Casas Baamonde*.

- §62. STJUE (Sala Segunda) de 11 de julio de 2024 (Asunto C-196/23). Exigencia de periodo de consultas con los representantes de los trabajadores en caso de extinciones de contrato causadas por la jubilación del empresario persona física. *Magdalena Nogueira Guastavino*.
- §71. STJUE (Sala Cuarta) de 4 de octubre de 2024 (asunto C-314/23). La posible brecha salarial en la aviación a los ojos del TJUE: el diferente valor del trabajo de pilotos y azafatas. *Susana María Molina Gutiérrez*.
- §82. STJUE (Sala Segunda) de 17 de octubre de 2024 (Asunto C-349/23). La diferencia de trato entre jueces federales y los jueces de estados federados en cuanto a la posibilidad de aplazamiento de la edad de jubilación se basa en la pertenencia a una categoría profesional y, por tanto, no constituye una discriminación directa por razón de edad prohibida por la Directiva 2000/78/CE. *Belén García Romero*.
- §92. STJUE (Sala Séptima) de 24 de octubre de 2024 (Asunto C-441/23). Prestación de servicios y cesión de trabajadores: concepto de empresa de trabajo temporal en el derecho de la Unión. *Pilar Rivas Vallejo*.

III. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- §24. STC (Sala Segunda) 3/2024, de 15 de enero. Ampliación por el órgano judicial del plazo procesal para la consignación o aseguramiento de la condena y derecho de acceso al recurso de suplicación. Proporcionalidad y respeto del principio de confianza legítima en el control de los plazos procesales por los tribunales. Bondades e incertidumbres de una nueva doctrina constitucional. *Juan Martínez Moya*.
- §25. STC (Pleno) 19/2024, de 31 de enero. Ingreso Mínimo Vital y Estado Social Autonómico: límites constitucionales de las competencias de las Comunidades Autónomas. *José Luis Monereo Pérez*.
- §31. STC (Sala Primera) 22/2024, de 12 de febrero. Vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo y principio de interpretación jurídica conforme a la eficacia de la tutela antidiscriminatoria: salarios de tramitación y despido nulo por embarazo. *José Luis Monereo Pérez*.
- §72. STC (Sala Segunda) 81/2024, de 3 de junio. Protección constitucional de la discriminación por identidad de género: prueba indiciaria y carga probatoria. *Pilar Rivas Vallejo*.

IV. TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA)

- §51. STS-CIV 18/2024, de 9 de enero. Interpretación civilista de finiquito laboral. *Antonio V. Sempere Navarro*.

V. TRIBUNAL SUPREMO (SALA SEGUNDA)

- §93. STS-PEN 889/2024, de 23 de octubre. Castigo laboral versus crimen empresarial. Control empresarial de dispositivos electrónicos para uso laboral y su repercusión en los delitos contra la intimidad. *Magdalena Nogueira Guastavino*.

VI. TRIBUNAL SUPREMO (SALA TERCERA)

- §12. STS-CONT 1370/2023, de 2 de noviembre. ¿Cuándo hay que acreditar la discapacidad relevante a efectos de un concurso de empleo público que incluye plazas reservadas? *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §26. STS-CONT 1644/2023, de 11 de diciembre. Cómputo del tiempo de fijeza discontinua a efectos de servicios previos. *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §2. STS-CONT 1752/2023, de 21 de diciembre. La base de cotización en el contrato de relevo. *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §42. STS-CONT 663/2024, de 18 de abril. ¿El personal estatutario interino ha de acceder al sistema de carrera profesional en las mismas condiciones que el personal estatutario fijo? Sobre la diferencia de trato entre personal estatutario sanitario fijo e interino al computar el tiempo de prestación de servicios. *María Areta Martínez*.
- §32. STS-CONT 679/2024, de 22 de abril. La mayor representatividad y el Mecanismo RED. *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §43. STS-CONT 815/2024, de 13 de mayo. Jurisdicción competente respecto de estadios previos a la contratación de empleados públicos en el caso de cambio en la composición del Tribunal calificador. *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §63. STS-CONT 1060/2024, de 13 de junio (Recurso de casación núm. 3832/2021). La fecha de la incapacidad permanente incide en la del cese de la obligación de cotizar al RETA. *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §73. STS-CONT 1173/2024, de 2 de julio. Entrada y registro judicialmente autorizada en el domicilio de una empresa: los interrogatorios sorpresivos a trabajadores y directivos realizados por la Administración tributaria vulneran el derecho de defensa, pero no el de inviolabilidad del domicilio. *Juan Martínez Moya*.
- §74. STS-CONT 1235/2024, de 9 de julio. Infracotización derivada de pactos individuales en masa sobre descuelgue. *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §83. STS-CONT 1499/2024, de 25 de septiembre. Los pluses por trabajo nocturno o festivo ante las vacaciones funcionariales. *Antonio V. Sempere Navarro*.

VII. TRIBUNAL SUPREMO (SALA CUARTA)

- §3. STS-SOC 962/2023, de 8 de noviembre. Derechos de huelga y libertad sindical. Esquirolaje interno y externo. Indemnización por daño moral asociado a la vulneración. *José Luis Monereo Pérez*.
- §4. STS-SOC 964/2023, de 8 de noviembre. Multas por temeridad, también a los sindicatos. Presupuestos y procedimiento para su imposición. *Juan Martínez Moya*.

- §5. STS-SOC 986/2023, de 21 de noviembre. Disfrute acumulado del permiso por lactancia, trabajo a tiempo parcial y no discriminación. *Faustino Cavas Martínez.*
- §6. STS-SOC (Pleno) 1053/2023, de 30 de noviembre. Determinación del momento para medir la representatividad a efectos de legitimación negocial. *Francisco Vila Tierno.*
- §7. STS-SOC 1123/2023, de 12 de diciembre. Las costas en el proceso social y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social. *Carlos Hugo Preciado Domènech.*
- §8. STS-SOC 1148/2023, de 12 de diciembre. No todo despido nulo de una persona trabajadora embarazada conlleva la lesión de un Derecho Fundamental y la concesión de una indemnización por daño moral. *Ángel Arias Domínguez.*
- §13. STS-SOC 43/2024, de 11 de enero. Condición más beneficiosa. No existe por el solo hecho de haber estado abonando el plus de transporte a los trabajadores en situación de teletrabajo durante nueve meses y que lo venían percibiendo con anterioridad por su trabajo presencial. *Francisco Vila Tierno.*
- §14. STS-SOC (Pleno) 114/2024, de 25 de enero. Efectos en el recargo de prestaciones por accidente de trabajo de la reforma legal de la cuantía de la pensión de viudedad operada con posterioridad. *Belén García Romero.*
- §15. STS-SOC (Pleno) 177/2024, de 29 de enero. ¿Quién se salva de la imposición de costas por el criterio del vencimiento? *Susana María Molina Gutiérrez.*
- §16. STS-SOC 225/2024, de 6 de febrero. La obligación empresarial de establecer criterios de uso de los dispositivos digitales exige la participación de los representantes de los trabajadores siendo nula su elaboración unilateral por el empresario. *Magdalena Nogueira Guastavino.*
- §27. STS-SOC 258/2024, de 9 de febrero. Trabajo alterne más prostitución no es lo mismo que solo alterne. *Fernando Lousada Arochena.*
- §28. STS-SOC (Pleno) 322/2024, de 21 de febrero. Imprescriptibilidad del complemento de maternidad por aportación demográfica reconocido a los pensionistas varones por el Tribunal de Justicia. Retroacción de sus efectos a la fecha del hecho causante de la pensión contributiva complementada. ¿Y el artículo 14 de la Constitución? *María Emilia Casas Baamonde.*
- §33. STS-SOC 352/2024, de 23 de febrero. La realización de funciones de superior categoría en el sector público durante largos períodos de tiempo no conlleva el reconocimiento de la pertinente clasificación profesional. *Susana Rodríguez Escanciano.*
- §29. STS-SOC 353/2024, de 23 de febrero. Los requisitos de acceso a la pensión de jubilación anticipada por discapacidad en grado igual o superior al 45 %. *María Areta Martínez.*

- §34. STS-SOC 369/2024, de 23 de febrero. Los efectos procesales expansivos en la condena solidaria a las empresas. *Juan Martínez Moya*.
- §35. STS-SOC 410/2024, de 5 de marzo. El registro de jornada no es instrumento hábil para modificar condiciones laborales o desconocer derechos. *Faustino Cavas Martínez*.
- §36. STS-SOC 420/2024, de 5 de marzo. Composición de la comisión de seguimiento de un acuerdo colectivo en un ERE. Inexistencia de vulneración del derecho de libertad sindical por exclusión del no firmante. *Francisco Vila Tierno*.
- §37. STS-SOC 440/2024, de 7 de marzo. Nuevas fricciones entre el derecho internacional del trabajo y nuestro derecho interno: ¿Debe ser pagada la retribución de las vacaciones antes de su disfrute? *Fernando Lousada Arochena*.
- §38. STS-SOC 457/2024, de 12 de marzo. Los vigilantes de seguridad y el uso de la corbata en verano: una sentencia procesal. *Susana María Molina Gutiérrez*.
- §39. STS-SOC 496/2024, de 20 de marzo. Permiso laboral retribuido para acompañamiento médico de familiar previsto en el plan de igualdad: condiciones para su reconocimiento. *Belén García Romero*.
- §44. STS-SOC 516/2024, de 2 de abril. Indefensión por incorrecta dirección en la notificación imputable a un error del juzgado al confundir el código postal. *Magdalena Nogueira Guastavino*.
- §45. STS-SOC 531/2024, de 4 de abril. Prestación irregular de trabajo. Sanción a la empresa por obstrucción a la labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. *Eduardo Rojo Torrecilla*.
- §46. STS-SOC (Pleno) 544/2024, de 11 de abril. Incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez con el trabajo, salvo que sea esporádico o marginal: nuevo revés jurisprudencial para los grandes inválidos. *Faustino Cavas Martínez*.
- §47. STS-SOC (Pleno) 545/2024, de 11 de abril. Planes de igualdad. Elaboración unilateral por la empresa ante la ausencia de representación legal y la prolongada incomparecencia sindical. *Carlos Hugo Preciado Domènech*.
- §48. STS-SOC 567/2024, de 24 de abril. El recurso de revisión al hilo de la concurrencia de beneficiarios de la pensión de viudedad. *Susana María Molina Gutiérrez*.
- §52. STS-SOC 689/2024, de 9 de mayo. Madre trabajadora a tiempo parcial, pero el parto es a tiempo completo. *José Fernando Lousada Arochena*.
- §53. STS-SOC 724/2024, de 22 de mayo. Accidente de trabajo. Infarto en el vestuario. Una necesaria revisión del criterio actual. *Carlos Hugo Preciado Domènech*

- §54. STS-SOC 726/2024, de 22 de mayo. La declaración extemporánea sobre la decisión de reingreso en la excedencia voluntaria no supone la pérdida del derecho a la reincorporación. *Francisco Vila Tierno*.
- §55. STS-SOC 756/2024, de 29 de mayo. Juicios telemáticos y garantías procesales en el traslado de la prueba documental propuesta en el acto de juicio. Las imprecisas e insuficientes respuestas legales a esta problemática. *Juan Martínez Moya*.
- §56. ATS-SOC (Pleno) de 30 de mayo de 2024 (RCUD núm. 5544/2023). Del «Mito» a la «Realidad jurídica»: ¿La categoría laboral del trabajador «indefinido no fijo» se opone al Derecho de la Unión Europea en materia de empleo temporal y de no discriminación en el acceso al empleo público? ¿Es realmente disuasoria y ajustada a los principios de nuestro ordenamiento jurídico ante las reiteradas irregularidades en la contratación laboral cometidas por el empleador público? *José Luis Monereo Pérez*.
- §64.2 STS-SOC 874/2024, de 5 de junio. Despido disciplinario de trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijo tras registro de su bolso sin cumplir con las exigencias del artículo 18 del ET: es nulo y no improcedente en virtud del artículo 55.5.b) del ET. *Belén García Romero*.
- §65. STS-SOC 903/2024, de 11 de junio. Control empresarial del uso del crédito horario y ausencia de vulneración del derecho de libertad sindical. *Francisco Vila Tierno*.
- §66. STS-SOC 906/2024, de 11 de junio. Vulneración del derecho a la libertad sindical por la negativa de la empresa a facilitar al delegado sindical la información por éste solicitada. *Carlos Hugo Preciado Domènech*.
- §67. STS-SOC 925/2024, de 17 de junio. Las disposiciones legales para prevenir el encadenamiento abusivo de contratos temporales no pueden ser dejadas sin efecto en la negociación colectiva... y menos por una decisión empresarial. *José Fernando Lousada Arochena*.
- §68. STS-SOC 927/2024, de 25 de junio. Alcance del principio de legalidad en la regulación del plazo de prescripción de las sanciones en el orden social. *Susana María Molina Gutiérrez*.
- §69. STS-SOC 997/2024, de 9 de julio. ¿Qué hacer cuando descanso semanal y festivo laboral se solapan? *María Areta Martínez*.
- §75. STS-SOC 925/2024, de 17 de junio. Nulidad de la modificación introducida en una bolsa de trabajo por contradecir la cláusula 5.ª de la Directiva 99/70. *Susana Rodríguez Escanciano*.
- §76. STS-SOC 959/2024, de 26 de junio. Los acuerdos individuales sobre trabajo a distancia y sus límites intrínsecos en el Derecho interno y comunitario. *José Luis Monereo Pérez*.
- §77. STS-SOC 991/2024, de 9 de julio. Subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Obligación de estar inscrito como demandante de empleo desde el agotamiento de la prestación de desempleo. *Eduardo Rojo Torrecilla*.

- §78. STS-SOC 1013/2024, de 10 de julio. Inexistencia de subrogación convencional en caso de asunción de la actividad de limpieza por un trabajador autónomo sin empleados. *Faustino Cavas Martínez*.
- §84. STS-SOC 1142/2024, de 17 de septiembre. Proceso de conflicto colectivo y acceso a la información del registro de jornada por los representantes legales de los trabajadores. Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y las exigencias procesales del recurso de casación. *María Emilia Casas Baamonde*.
- §85. STS-SOC 1154/2024, de 24 de septiembre. Falso cooperativismo y existencia de relación laboral (caso Servicarne). *Eduardo Rojo Torrecilla*.
- §86. STS-SOC 1161/2024, de 24 de septiembre. Registro de jornada y alcance del derecho de información de los representantes de los trabajadores en relación con los datos personales de identificación de las personas trabajadoras. *Magdalena Nogueira Guastavino*.
- §87. STS-SOC 1171/2024, de 25 septiembre. Requisitos de la comunicación escrita de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas de carácter económico. *Carlos Hugo Preciado Domènech*.
- §94. STS-SOC 1178/2024, de 25 de septiembre. Extinción de contrato indefinido no fijo por cobertura de vacante: derecho a la percepción de la indemnización con independencia de la celebración de un nuevo contrato temporal. *Susana Rodríguez Escanciano*.
- §88. STS-SOC 1183/2024, de 26 de septiembre. Promotores de empleo de los Servicios Públicos en el marco de subvenciones del ámbito laboral con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y la calificación de su despido. *Susana María Molina Gutiérrez*.
- §95. STS-SOC 1186/2024, de 15 de octubre. Reintegro de prestaciones indebidas por desempleo y doctrina TEDH Čakarević v. Croatia: ¿colmando o integrando lagunas normativas? *Juan Martínez Moya*.
- §96. STS-SOC 1195/2024, de 15 de octubre. La apropiación indebida de cupones descuento destinados a los clientes es causa de despido disciplinario, sin importar el valor económico de lo apropiado. *Faustino Cavas Martínez*.
- §97. STS-SOC 1199/2024, de 16 de octubre. Derecho de huelga y límites de los poderes de reacción empresariales: esquirolaje interno. *José Luis Monereo Pérez*.
- §98. STS-SOC 1206/2024, de 17 de octubre. Pensión de viudedad e interpretación flexible de la condición de víctima de violencia de género. *Francisco Vila Tierno*.
- §91. STS-SOC 1250/2024 de 18 noviembre. Audiencia previa e indemnización por despido: noticia de dos sentencias. *Antonio V. Sempere Navarro*.

- §91. STS-SOC 1350/2024 de 19 diciembre. Audiencia previa e indemnización por despido: noticia de dos sentencias. *Antonio V. Sempere Navarro*.

VIII. AUDIENCIA NACIONAL (SALA DE LO SOCIAL)

- §9. SAN-SOC 138/2023, de 20 de diciembre. La distribución irregular de la jornada está sujeta, en todo caso, al plazo de preaviso de cinco días. *María Areta Martínez*.
- §17. SAN-SOC 8/2024, de 23 de enero. Trabajo a distancia, negociación colectiva y eficacia reguladora de un acuerdo extraestatutario. *Faustino Cavas Martínez*.
- §18. SAN-SOC 9/2024, de 25 de enero. Disfrute de permisos en días laborables. Aplicación de la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio. *Eduardo Rojo Torrecilla*.
- §19. SAN-SOC 19/2024, de 7 de febrero. Los permisos familiares por fuerza mayor deben ser retribuidos. *Ángel Arias Domínguez*.
- §30. SAN-SOC 18/2024, de 9 de febrero. Control del absentismo y control de las bajas por incapacidad temporal: circunstancias deseablemente diferentes. *Ángel Arias Domínguez*.
- §57. SAN-SOC 55/2024, de 20 de mayo. Uniformidad de vestimenta en el trabajo. Diferencia de trato injustificada y perjuicio económico para los trabajadores temporales. *Eduardo Rojo Torrecilla*.
- §79. SAN-SOC 157/2024, de 24 de julio. El permiso retribuido por hospitalización de familiar o conviviente es de 5 días, ex artículo 37.3.b) del ET. Pero ¿qué pasa cuando el ingreso hospitalario dura menos de 5 días? *María Areta Martínez*.
- §89. SAN-SOC 102/2024, de 12 de setiembre. ¿Quién fija y cómo se fija el *dies a quo* del permiso retribuido del artículo 37.3.b) del ET? *María Areta Martínez*.
- §99. SAN-SOC 132/2024, de 28 de octubre. Acerca de la legalidad del descuento aplicado en retribución variable por ausencia al trabajo motivada por IT, disfrute de determinados permisos relacionados con la conciliación o suspensión de empleo sueldo por sanción disciplinaria. *Belén García Romero*.

IX. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO)

- §90. STSJ-CONT Galicia 626/2024, de 20 de septiembre. ¿La aplicación del principio de proporcionalidad en el cómputo de los servicios a tiempo parcial frente a los prestados a tiempo completo dentro de un proceso de estabilización viene avalada por los parámetros de mérito y capacidad? *Susana Rodríguez Escanciano*.

X. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA (SALA DE LO SOCIAL)

- §10. STSJ-SOC Castilla-La Mancha (Albacete) 1517/2023, de 2 de noviembre. El principio de proporcionalidad como exigencia de la video-vigilancia en el marco empresarial. *Susana Rodríguez Escanciano*.
- §40. STSJ-SOC Madrid 243/2024, de 7 de marzo. Despido de una persona trabajadora en incapacidad temporal, ¿nulidad o improcedencia? *Ángel Arias Domínguez*.
- §58. STSJ-SOC Asturias 471/2024, de 2 de abril. Declaración de incapacidad permanente y agotamiento de las posibilidades terapéuticas. *Ángel Arias Domínguez*.
- §59. STSJ-SOC Madrid 317/2024, de 10 de abril. Contrato de interinidad por vacante de más de tres años de duración: su calificación como «indefinido no fijo» (y no como «fijo»). *Susana Rodríguez Escanciano*.
- §49. STSJ-SOC Cantabria 291/2024, de 12 de abril. Realizar una actividad de recreo durante la situación de IT por enfermedad común no es sancionable con el despido disciplinario si no perjudica su recuperación. *Belén García Romero*.
- §50. STSJ-SOC País Vasco 1040/2024, de 23 de abril. Indemnización adicional por daños y perjuicios en despido sin causa y exigüidad de la indemnización legal tasada. Y sobre la aplicación directa del artículo 24 de la Carta Social Europea (revisada) y la orfandad del arbitrio judicial en la fijación de la indemnización adecuada por despido inválido. *María Emilia Casas Baamonde*.
- §60. STSJ-SOC Baleares 198/2024, de 23 de abril. Grupos de mensajería instantánea entre compañeros de trabajo: intimidad, privacidad y secreto. *Pilar Rivas Vallejo*.
- §70. STSJ-SOC Galicia 2396/2024, 20 de mayo. Nulidad del despido represalia, con indemnización por daño moral. *Ángel Arias Domínguez*.
- §100. STSJ-SOC Extremadura 534/2024, de 10 de septiembre. Consideración laboral del accidente de tráfico con presencia de drogas estupefacientes. *Ángel Arias Domínguez*.

XI. JUZGADO CENTRAL DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

- §80. Sentencia Juzgado núm. 10 Central de lo Contencioso-Administrativo, núm. 90/2024, de 26 de julio. Trabajo autónomo no ficticio en plataformas digitales de reparto. Presunción legal de laboralidad y prueba de la autonomía de la actividad de reparto a través de plataformas digitales (caso GLOVO). *María Emilia Casas Baamonde*.

XII. JUZGADOS DE LO SOCIAL

- §20. SJS núm. 28 Barcelona, 13/2024, de 12 de enero. Enfermedades del trabajo en la era digital: ¿están las leyes ajustadas a las nuevas realidades? Los trastornos psiquiátricos de un moderador de contenidos de Internet. *José Fernando Lousada Arochena*.

ÍNDICE DE AUTORES

ARETA MARTÍNEZ, MARÍA

§9, §29, §42, §69, §79 y §89.

ARIAS DOMÍNGUEZ, ÁNGEL

§8, §19, §30, §40, §58, §70 y §100.

CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA

§11, §28, §50, §61, §80 y §84.

CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO

§5, §17, §35, §46, §78 y §96.

GARCÍA ROMERO, BELÉN

§14, §39, §49, §64, §82 y §99.

LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO

§20, §27, §37, §52, §67 y §81.

MARTÍNEZ MOYA, JUAN

§4, §24, §34, §55, §73 y §95.

MOLINA GUTIÉRREZ, SUSANA

§15, §38, §48, §68, §71 y §88.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS

§3, §25, §31, §56, §76 y §97.

NOGUEIRA GUASTAVINO, MAGDALENA

§16, §23, §44, §62, §86 y §93.

PRECIADO DOMÈNECH, CARLOS HUGO

§7, §21, §47, §53, §66 y §87.

RIVAS VALLEJO, PILAR

§1, §41, §60, §72 y §92.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA

§10, §33, §59, §75, §90 y §94.

ROJO TORRECILLA, EDUARDO

§18, §22, §45, §57, §77 y §85.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.

§2, §12, §26, §32, §43, §51, §63, §74, §83 y §91.

VILA TIERNO, FRANCISO

§6, §13, §36, §54, §65 y §98.

ÍNDICE DE CONCEPTOS

ABANDONO DEL TRABAJO

- Inducido por la empresa: sí computa para el cálculo de umbrales del despido colectivo: §23.

ABSENTISMO

- Cómputo para retribución variable: §99.
- Control empresarial mediante el cómputo de las bajas por incapacidad temporal: §30.

ACCIDENTE DE TRABAJO

- En vestuarios, antes del comienzo de la jornada: §53.
- Recargo de prestaciones:
 - * Interactuación con la prestación de viudedad: §14.
- *In itinere*: con presencia de drogas: §100

AJUSTES RAZONABLES

- En supuesto de incapacidad permanente total: §1.

ALTERNE

- Laboralización: §27.

APORTACIÓN DEMOGRÁFICA

- Véase: complemento de maternidad.

BAJA INCENTIVADA

- Consideración a efectos de despidos colectivos: §23.

BASE DE COTIZACIÓN

- En el contrato de relevo: §2.

BOLSA DE TRABAJO

- Modificación: nulidad por implementar mecanismo extintivo impediendo de la consolidación: §76.

BRECHA SALARIAL

- En la aviación: entre pilotos y azafatas: §71.

CAPITAL COSTE

- Actualización en recargo de prestaciones: §14.

CARTA DE DESPIDO

- Exigencias en despido objetivo económico: §87.

CARTA SOCIAL EUROPEA

- Incidencia en indemnización por daños y perjuicios por despido improcedente: §50.

CESIÓN DE TRABAJADORES

- Concepto europeo de empresa de trabajo temporal: §92.

CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

- Y realización de funciones de superior categoría en el sector público: §33.

COMISIÓN

- De seguimiento de convenio colectivo:
 - * Composición: exclusión de un no firmante del acuerdo §36.

COMPLEMENTO DE MATERNIDAD

- A varones: fecha de retroacción y efectos: §28.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

- Competencia en gestión del Ingreso Mínimo Vital: §25.

CONCILIACIÓN

- Transacción en conciliación previa al juicio: perspectiva civilista: §51.

CONDENA

- Solidaria: y efectos expansivos para la empresa no recurrente: §34.

CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

- Plus de transporte para teletrabajadores: §13.

CONSIGNACIÓN DE LA CONDENA

- Flexibilidad aplicativa por exigencia constitucional: §24.

CONTRATACIÓN TEMPORAL

- No puede limitarse la eficacia de la norma del ET que la proscribe mediante convenio colectivo: §67

CONTRATO DE RELEVO

- Base de cotización: §2.

CONTROL DE DISPOSITIVOS

- No siempre es delito contra la intimidad: §93.

CONVENIO COLECTIVO

- Extraestatutario:
 - * Eficacia para regular trabajo a distancia: §17.

COOPERATIVISTA

- Falso: auténtica relación laboral: §85.

CORBATA

- Uso por vigilantes de seguridad en verano: §38.

COSTAS PROCESALES

- Criterio del vencimiento: §15.
- Imposición a las entidades gestoras de la Seguridad Social: §7.

CRÉDITO HORARIO

- Control empresarial de su utilización: §65.

CUESTIÓN PREJUDICIAL COMUNITARIA

- Inidoneidad de su planteamiento cuando se innova norma distinta a la aplicable al caso: §41.

DAÑO MORAL

- Indemnización por lesión del derecho de huelga: §3.
- Indemnización por lesión de derecho fundamental:
 - * No procede en todo despido nulo por embarazo: §8.

DATOS PERSONALES

- De los trabajadores:
 - * Conocidos por representantes al acceder al registro de jornada: §86.

DENUNCIA

- De irregularidades laborales: §81.

DERECHO DE DEFENSA

- Lesión: por entrada y registro de la Administración Tributaria en centro de trabajo: §73.

DERECHO FUNDAMENTAL

- No lesión:
 - * Por despido nulo de persona trabajadora embarazada: §8.

DESCANSO SEMANAL

- Y concurrencia de días festivos: § 69.

DESCUELGE SALARIAL

- Pactos individuales en masa: §74.

DESPIDO

- Contrato subvencionado con cargo a presupuestos: especialidades en el despido: §88.
- Colectivo:
 - * Cómputo de las bajas voluntarias inducidas por la empresa: §23.
- Disciplinario:
 - * Trámite previo al despido: §91.
- Indemnización:
 - * Superior a la tasada: §91.
- Improcedente:
 - * Trabajador en incapacidad temporal: §40; §49.
- Motivación en relación laboral de duración determinada: §21.
- Nulo:
 - * De trabajadora embarazada: §8 y §31.
 - * De trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijo: §64.

- Objetivo:
 - * Aplicación por igual a contratos temporales: §21.
 - * Exigencias de la carta de despido: §87.
- Procedente:
 - * Apropiación de vales descuento: §96.

DÍAS

- Laborables:
 - * Disfrute de permisos laborales: §18.
- Festivos:
 - * Concurrencia con descanso semanal: §69.

DIFERENCIA DE TRATO

- Inaceptable entre personal estatutario sanitario: §42.
- Entre trabajadores fijos y temporales en relación con la vestimenta de la empresa: §57.
- Entre pilotos y azafatas: brecha salarial: §71.
- Entre diferentes categorías de jueces (europeos) con respecto a la jubilación: §82.

DISCAPACIDAD

- Conexión con la IPT: §1.
- Momento de acreditación a efectos de concurso a empleos públicos: §12.
- Jubilación anticipada por discapacidad en grado igual o superior al 45%: acreditación del grado de discapacidad: §29.

DISCRIMINACIÓN

- En despido:
 - * Inmotivado en relación de duración determinada: §21.
 - * Nulo por embarazo: §31.
- Permiso por lactancia:
 - * Negativa a disfrute de acumulación en trabajo a tiempo parcial: §5.
- Por identidad de género: prueba indiciaria y valor probatorio: §72.
- Por no aplicación de los ajustes razonables en el trabajo tras la declaración de IP: §1.

DISPOSITIVOS DIGITALES

- Regulación de uso:
 - * Con participación de representantes de los trabajadores: §16.

DROGAS

- En el trabajador accidentado *in itinere*: §100.

DURACIÓN DETERMINADA

- Motivación del despido: §21.

EMBARAZO

- Despido nulo:
 - * Supuestos: §8.

EMPLEOS PÚBLICOS

- Realización de funciones de superior categoría: no reconocimiento de la clasificación profesional: §33.
- Reserva para discapacitados:
 - * Momento de acreditación de la discapacidad: §12.

EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL

- Concepto europeo: §92.

ENFERMEDAD COMÚN

- Realización de actividad de recreo estando de baja por IT: §49.

ENFERMEDAD DEL TRABAJO

- Trastornos psiquiátrico de moderador de contenidos de internet: §20.

ENTIDADES GESTORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- Imposición de costas: §7.

ENTRADA Y REGISTRO

- De la Administración tributaria en centro de trabajo: lesión del derecho de defensa: §73.

ESQUIROLAJE

- Interno y externo: §3.

EXCEDENCIA

- Voluntaria:
 - * Reingreso: efectos de la solicitud extemporánea: §54.

EXPEDIENTE

- En despido disciplinario:
 - * Antes de proceder al acto extintivo: §91.

EXTINCIÓN CONTRACTUAL

- Discriminatoria:
 - * Tras la declaración de IP sin aplicar ajustes razonables en el puesto de trabajo: §1.
- Por jubilación del empresario:
 - * Necesidad de implementar período de consultas: §62.

FINIQUITO

- Interpretación civilista: §51.

FIJOS DISCONTINUOS

- Cómputo del tiempo de fijeza a efectos de contabilización de servicios prestados: §26.

FUNCIÓN PÚBLICA

- Véase: empleo público.

FUNCIONARIOS PÚBLICOS

- Adquisición de la condición por funcionarios interinos: §61.
- Pluses por trabajo nocturno devengado en vacaciones: §83.

FUNCIONES

- De superior categoría en el sector público: no reconocimiento de la clasificación profesional: §33.

HUELGA

- Esquirolaje interno:
 - * Consecuencias: §3.
 - * Sustitución indebida de trabajador: §97.

IDENTIDAD DE GÉNERO

- Protección constitucional: §72.

INCAPACIDAD PERMANENTE

- Exigencia de aplicar ajustes razonables tras la declaración de IP: §1.

INCAPACIDAD TEMPORAL

- Control de las bajas por IT en el cómputo del absentismo: §30.
- Trabajador despedido estando en IT: despido improcedente: §40 y §49.

INDEFENSIÓN

- Procesal:
 - * Por incorrecta notificación imputable al juzgado: §44.

INDEFINIDO NO FIJO

- E interinidad por vacante: §59.
- Jurisprudencia TJUE: §11.
- Percepción de indemnización por finalización y celebración de nuevo contrato con mismo empleador: §94.
- Perspectiva de la normativa de la Unión Europea: §56.

INDEMNIZACIÓN

- Por daño moral:
 - * Despido nulo:
 - Por embarazo: §8.
 - * Lesión del derecho de huelga y libertad sindical: §3.
- Por daños y perjuicios:
 - * En despido sin causa:
 - Aplicación de la Carta Social Europea: §50.
- Tasada por despido:
 - * No puede imponerse superior cuantía: §91.

INDEMNIDAD (PRINCIPIO DE)

- Despido por represalia: consecuencias: §70.

INFRACOTIZACIÓN

- Derivada de pactos individuales en masa sobre descuelgue salarial: §74.

INGRESO MÍNIMO VITAL

- Competencias de las Comunidades Autónomas: §25.

INSOLVENCIA EMPRESARIAL

- Protección de los créditos impagados a trabajadores: §22.

INSPECCIÓN DE TRABAJO

- Obstrucción de la actuación: §25.

INTIMIDAD

- Inclusión del trabajador en grupo de mensajería instantánea: §60.

IRREGULARIDADES LABORALES

- Denuncia: §81.

JORNADA

- Distribución irregular:
 - * Sujeta al plazo de preaviso: §9.
- Registro: no es instrumento hábil para modificar condiciones de trabajo: §35.

JUBILACIÓN

- Incidencia de la discapacidad en su anticipo: §29.

JUICIO

- Telemático: garantías para la práctica de la prueba: §55.

JURISDICCIÓN COMPETENTE

- Respecto a estadios previos a la contratación de empleados públicos: §43.

LACTANCIA

- Acumulación del permiso: §5.

LEGITIMACIÓN NEGOCIAL

- Momento de la determinación a afectos de negociar el convenio colectivo: §6.

LIBERTAD SINDICAL

- Vulneración:
 - * Daño moral: §3.
 - * Por no suministrar información laboral: §66.
- No vulneración:
 - * Exclusión de la comisión de seguimiento de un convenio a un firmante: §36.

MATERNIDAD

- Complemento de ... a varones: fecha de retroacción y efectos: §28.

MENSAJERÍA INSTANTÁNEA

- Inclusión del trabajador en grupo de ... y derecho a la intimidad: §60.

MODIFICACIÓN

- De condiciones de trabajo: no es posible mediante el registro de jornada: §35.

MULTAS POR TEMERIDAD

- Procedimiento y presupuestos para la imposición: §4.
- También impuestas al sindicato: §4.

NOTIFICACIÓN

- Procesal:
 - * Incorrecta por error del juzgado: §44.

PERÍODO DE CONSULTAS

- Necesidad en extinciones que proceden de jubilación del empresario: §62.

PERMISOS LABORALES

- Determinación del *dies a quo*: §89.
- Disfrute:
 - * En días laborales: §18.
- Familiares:
 - * Para acompañamiento médico: §39.
 - * Por fuerza mayor: §19.
 - * Por hospitalización:
 - También cuando dure menos de cinco días: §79.
- Lactancia:
 - * Trabajo a tiempo parcial y no discriminación: §5.
- Parental:
 - * Planteamiento de cuestión prejudicial comunitaria: §41.
- Retribución:
 - * ... por fuerza mayor: §19.

PERSONAL ESTATUTARIO DEL SISTEMA SANITARIO

- Acceso a la carrera profesional:
 - * En idénticas condiciones que el personal fijo: §42.

PLAN DE IGUALDAD

- Elaborado unilateralmente por la empresa:
 - * Condiciones: §47.
- Puede regular condiciones de disfrute de permisos laborales retribuidos: §39.

PLATAFORMA

- Trabajo no ficticio como autónomo en: prueba de la autonomía y presunción de laboralidad: §80.

PLAZOS PROCESALES

- Ampliación por el órgano judicial del concedido para el aseguramiento de la condena: §24.

PLUS DE TRABAJO NOCTURNO

- De funcionario devengado en vacaciones: §83.

PLUS DE TRANSPORTE

- Condición más beneficiosa para teletrabajadores: §13.

PREAVISO

- Para distribuir irregularmente la jornada: §9.

PRESCRIPCIÓN

- De sanciones en el orden social: §68.

PRESTACIÓN DE TRABAJO

- Irregular:
 - * Sanción por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: §45.

PROCESO SOCIAL

- Costas:
 - * Criterio del vencimiento: §15.
 - * Imposición a entidades gestoras de la Seguridad Social: §7.
- Condena solidaria y recurso: §34.
- Indefensión:
 - * Procesal:
 - Por incorrecta notificación imputable al juzgado: §44.
- Jurisdicción competente:
 - * Respecto a los estadios previos a la contratación de empleado públicos
 - Cambio en la composición el Tribunal calificador: §43.
- Plazos:
 - * Ampliación del concedido para asegurar la condena: §24.
- Recurso de revisión:
 - * Condiciones: §48.

PROPORCIONALIDAD

- En la implementación de mecanismos de videovigilancia: §10.
- En el cómputo de los servicios a tiempo parcial en proceso de estabilización de empleo: §90.

PROSTITUCIÓN

- No es actividad laboral: §27.

RECARGO DE PRESTACIONES

- Interactuación con la pensión de viudedad: § 14.

RED

- Mecanismo RED:
 - * Representatividad de los trabajadores: §32.

REGISTRO DE JORNADA

- Acceso a la información por representantes sindicales: §84.
- Conocimiento de datos personales de los trabajadores: §86.
- El ... no es instrumento hábil para modificar condiciones de trabajo: §35.

RELACIÓN LABORAL

- De falsos cooperativistas: §85.

REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

- Acceso al registro de jornada: §84.
- Ausencia de ... para elaborar un plan de igualdad:
 - * Condiciones: §47.
- Conocimiento de datos personales de los trabajadores al acceder al registro de jornada: §86.
- Dispositivos digitales:
 - * Participación en la regulación de uso: §16.
- Mayor ...:
 - * en el Mecanismo RED: §31.

REPRESENTATIVIDAD

- Determinación para adquirir legitimidad negocial: §6.

RETRIBUCIÓN

- Variable:
 - * Descuentos por absentismo: §99.

SANCIÓN

- Por obstrucción de la labor inspectora: §45.

SALARIO

- De tramitación:
 - * ... y despido nulo por embarazo: §31.

SEGURIDAD SOCIAL

- Entidades gestoras
 - * Imposición de costas: §7.
- Prestaciones:
 - * Desempleo:
 - Subsidio para mayores de 52 años: obligación de estar inscrito como demandante de empleo: desde el agotamiento de la prestación: §77.
 - No reintegro del ... indebidamente percibido: error exclusivo de la Administración: §95.
 - * Incapacidad permanente:
 - Absoluta:
 - Incompatibilidad con el trabajo: §46.

- Declaración y agotamiento de las posibilidades terapéuticas: §58.
- Discriminación por no aplicación de ajustes razonables tras declaración: §1.
- * Incapacidad temporal:
 - Calificación del despido en ...: §40.
 - Y control a efectos del cálculo del absentismo en la empresa: §30.
- * Jubilación:
 - Anticipada por discapacidad del 45 %: acreditación del % de discapacidad: §29.
- * Nacimiento: en jornada a tiempo parcial: §52.
- * Viudedad
 - Concurrencia de beneficiarias y planteamiento de recurso de revisión: §48.
 - Interactuación con el recargo de prestaciones: §14.
 - Violencia de género: §98.

SERVICIOS PREVIOS

- Cómputo de contratación discontinua: §26.

SINDICATO

- Momento de determinación de la capacidad negocial: §6.
- Susceptible de recibir multas por temeridad procesal: §4.
- No firmante de un acuerdo: exclusión de la comisión de seguimiento: §36.

SUBROGACIÓN EMPRESARIAL

- Inexistente:
 - * Asunción de la actividad por trabajador autónomo sin empleados: §78.

TEMERIDAD

- Del sindicato en el procedimiento: §4.

TELETRABAJADORES

- Plus de transporte:
 - * Percepción como condición más beneficiosa: §13.

TIEMPO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

- Cómputo en personal, fijo o estatutario, de los servicios sanitarios: §42.

TIEMPO PARCIAL

- Discriminación por disfrute acumulado del permiso por lactancia en trabajo a ...: §5.

TRABAJADOR AUTÓNOMO

- Acceso a la incapacidad permanente: §63.

TRABAJO A DISTANCIA

- Acuerdos individuales y sus límites: §76.
- Regulación mediante convenio extraestatutario: §17.

TRABAJO MARGINAL O ESPORÁDICO

- Compatible con incapacidad permanente absoluta: §45.

VACACIONES

- Momento de abono: §37.

VESTIMENTA

- Guardias de seguridad: uso de la corbata en verano: §38.
- Diferencia de trato entre trabajadores fijos y temporales: §57.

VIDEOVIGILANCIA

- Sujeta al principio de proporcionalidad: §10.

VIGILANTES DE SEGURIDAD

- Uso de la corbata en verano: §38.

VIOLENCIA DE GÉNERO

- Y pensión de viudedad: §98.

La *Revista de Jurisprudencia Laboral* (RJL) es una publicación digital, periódica, independiente, alojada en la web del BOE, accesible en abierto y dedicada al estudio de la doctrina judicial y de la jurisprudencia recientes en el ámbito de las relaciones sociolaborales.

Este *Anuario de Jurisprudencia Laboral 2024* reúne y sistematiza los comentarios aparecidos en todos los números de la RJL correspondientes al año natural indicado en su título. Aparece ahora publicado como libro autónomo de la Colección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto en versión digital como en soporte papel.

El *Anuario-2024* contiene cien estudios de otras tantas resoluciones judiciales coetáneas, procedentes de diversos órganos: Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1), Tribunal de Justicia de la Unión Europea (10), Tribunal Constitucional (4), Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (1), Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (1), Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (10), Sala de lo Social del Tribunal Supremo (51), Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (9), Sala de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia (1), Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (10), Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo (1), y Juzgados de lo Social (1).

La obra, que viene citándose anualmente con la comunidad laboralista, obedece a una estructura interna común en cada uno de sus apartados, lo que facilita su consulta. Viene acompañada, además, de índices analíticos, sistemáticos y onomásticos.